

# L'INDICE PENALE

*Rivista fondata da*  
PIETRO NUVOLONE

*Diretta da*  
ALESSIO LANZI

*Tra l'altro in questo numero:*

- ◇ **Ancora in tema di nomofilachia**
- ◇ **Le misure alternative alla detenzione**
- ◇ **In tema di colpa medica**
- ◇ **Sul cyberbullismo**
- ◇ **Imparzialità del giudice  
e esposizione mediatica**



Giuridica Editrice

LA PROVA DEL METODO MAFIOSO  
Il paradigma di “*Mafia capitale*”  
(Tribunale di Roma, sent. 20 luglio 2017\*)

MODERATORE: Gaetano Insolera  
RELATORE: Tommaso Guerini  
21 febbraio 2018

1. *Premessa*

Quando nel dicembre 2014 prese avvio una vasta operazione volta ad eseguire circa quaranta ordinanze di custodia cautelare in carcere, disposte in relazione ad altrettanti indagati per il reato di associazione di tipo mafioso, contestato in relazione ad una mafia romana *autoctona*, composta da alcuni soggetti legati alla banda della Magliana e da *manager* operanti nel settore degli appalti pubblici<sup>1</sup>, la reazione nell’opinione pubblica fu di relativa sorpresa.

Ormai da tempo alcuni fortunati romanzi<sup>2</sup> – scritti da un consigliere della Corte d’Appello di Roma – trasposti in opere cinematografiche e *fiction* di successo, avevano diffuso presso il grande pubblico l’idea che a Roma una *mafia* vi fosse da tempo.

---

\* In [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 novembre 2017.

<sup>1</sup> Per un approfondimento, si rimanda agli scritti di: L. ABBATE – M. LILLO, *I re di Roma. Destra e sinistra agli ordini di Mafia Capitale*, Roma, 2015; G. PIGNATONE-M. PRESTIPINO, *Le mafie su Roma, la mafia di Roma*, in AA.VV. (a cura di E. CICONTE-F. FORGIONE-I. SALES), *Atlante delle mafie. Storia, economia, società, cultura*, vol. III, Soveria Mannelli, 2015, 95 ss.

<sup>2</sup> Ci riferiamo evidentemente alla trilogia sulle vicende della banda della Magliana, avviata con il primo, fortunato romanzo di G. DE CATALDO, *Romanzo criminale*, Torino, 2002, e proseguita con ID., *Nelle mani giuste*, Torino, 2007, e terminata con ID., *Io sono il Libanese*, Torino, 2013. Vi sono poi altri due romanzi, ad opera di G. DE CATALDO-C. BONINI, *Suburra*, Torino, 2013, e ID., *La notte di Roma*, Torino, 2015, che sono più direttamente legati alle vicende di Mafia Capitale, essendo in particolare il secondo volume uscito dopo che erano stati eseguite le catture nell’ambito dell’indagine *Mondo di mezzo*. Entrambe le saghe sono stati oggetto di due trasposizioni cinematografiche e di altrettante serie televisive, a dimostrazione del successo dello *storytelling* della *mafia capitolina* in epoca prossima alle vicende giudiziarie di cui ci stiamo occupando e dell’influsso dei *new media* – la serie televisiva *Suburra* è stata diffusa esclusivamente da una piattaforma di *streaming* – nella costruzione di tale narrazione.

D'altronde, come poteva la Capitale di una nazione profondamente *corrotta*<sup>3</sup> non essere anche la culla di una *mafia* dalle caratteristiche tali da costituire il *trait d'union* tra antimafia e anticorruzione<sup>4</sup>?

Secondo la Procura, non poteva e non può.

## 2. Tra riserva di violenza e corruzione: il metodo mafioso nel mondo di mezzo

Se spostiamo la nostra attenzione dal dato *ambientale* – o meglio, trattandosi di questioni mafiolgiche, dal *contesto* – e focalizziamo l'attenzione sul dato strettamente giuspenalistico, possiamo osservare come nella vicenda dell'inchiesta *Mondo di mezzo*<sup>5</sup> siano ripresi e aggiornati alcuni *topoi* del delitto di associazione di tipo mafioso e in particolare, elementi tratti dalla giurisprudenza in materia di *mafie etniche* e di *piccole mafie*.

Alla base dell'ipotesi accusatoria, vi è la tesi della nascita e dello sviluppo nel territorio romano di una associazione di tipo mafioso con caratteristiche proprie, “*solo in parte assimilabili a quelle delle mafie tradizionali e agli altri modelli di organizzazione di stampo mafioso (...) che delineano un profilo affatto originale e*

<sup>3</sup> È ormai sterminata la letteratura in materia di diffusione della corruzione in Italia. In ambito scientifico, rimane ancora di grande interesse, in particolare per i dati che vi sono raccolti, uno scritto ormai risalente di P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007, mentre tra gli scritti degli operatori, di taglio non strettamente tecnico, ove si trova esposta la tesi dell'estrema diffusione dei fenomeni corruttivi in Italia, si vedano più di recente: R. CANTONE-G. DI FEO, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015; M. CORRADINO, *È normale...lo fanno tutti*, Milano, 2015; P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017.

<sup>4</sup> È di tutta evidenza come ormai *Antimafia e anticorruzione* stiano convergendo verso un unico sistema normativo, come dimostra peraltro la recente riforma del Codice antimafia, intervenuta con la l. 161/2017, che ha esteso l'applicabilità delle misure di prevenzione personali e patrimoniali anche ai soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 640 *bis* c.p. o del delitto di cui all'art. 416 c.p., finalizzato alla commissione dei delitti di cui di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice. A nostro parere, alla base di questa progressiva omologazione di due ambiti del tutto distinti, non solo sotto il profilo storico e politico-criminale, ma anche dal punto di vista dei beni giuridici tutelati e del bilanciamento tra interessi in gioco, è uno dei frutti avvelenati dell'attuale fase espansiva del sentimento di antipolitica, che determina la progressiva sovrapposizione della questione morale alla questione criminale. Sul punto, più diffusamente G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. antimafia, antipolitica e potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 3-2015, 223 ss. e, in particolare, 227, 244.

<sup>5</sup> Il nome dell'inchiesta risente di un richiamo “tolkeniano”, che rimanda alla sub-cultura dei movimenti della destra italiani, particolarmente affascinati dalla mitologia dell'autore inglese, dai quali provengono numerosi indagati. Più correttamente, il termine deve essere attribuito al contenuto di una celebre intercettazione telefonica, nella quale colui che viene indicato come il capo della struttura criminale spiega ad un interlocutore come è possibile che criminali da strada e *white collar* possano trovare un punto di incontro: “*nella teoria del Mondo di mezzo, ci stanno, come si dice, i vivi sopra e i morti sotto. E noi stiamo nel mezzo. E allora vuol dire, vuol dire che ci sta un mondo in mezzo in cui tutti si incontrano.*”. Intercettazione telefonica del 13 dicembre 2012, riportata da G. CALAPA, *Mafia Capitale*, Roma, 2014, 20. Si veda anche: “*Mondo di mezzo*”, (voce) in *Vocabolario on line Treccani*, [http://www.treccani.it/vocabolario/mondo-di-mezzo\\_\(Neologismi\)](http://www.treccani.it/vocabolario/mondo-di-mezzo_(Neologismi)).

*originario*<sup>6</sup>. Tra le peculiarità di questo gruppo criminale, che non sarebbe quindi ascrivibile al catalogo delle *nuove mafie*<sup>7</sup>, pur traendo origine dalla commistione tra soggetti che avevano fatto parte di gruppi della galassia del *terrorismo nero* con alcuni componenti della *Banda della Magliana*, infine definitivamente trasformate nel sodalizio *Mafia Capitale*, vi sarebbe l'attitudine a costituire un punto di incontro, o meglio un *mondo di mezzo*, nel quale convergono gli interessi dei criminali di strada (il *mondo di sotto*), e quelli di colletti bianchi, imprenditoria e istituzioni (il *mondo di sopra*).

Operativamente, questo si sarebbe tradotto nello scarso utilizzo di metodi violenti (nel processo sono stati ritenuti provati solo undici episodi di crimini violenti, commessi nell'arco di tre anni, dal 2012 al 2014) ai quali il sodalizio romano avrebbe preferito il sistematico ricorso a tecniche corruttive, volte a garantire ai sodali – e in particolare alle imprese da questi controllate – l'affidamento di appalti per servizi di pubblica utilità<sup>8</sup>.

Si ritorna, ancora una volta, al *problema del metodo* e, in particolare, alla sua possibile estensione al di là del dato semantico del terzo comma dell'art. 416 *bis*.

Può essere *mafiosa* una associazione che non ricorre, se non sporadicamente, a strumenti di intimidazione tali da suscitare un diffuso stato di assoggettamento e di omertà, contando esclusivamente sulla propria *fama criminale*, costruita anche attraverso il sapiente utilizzo di uno *Storytelling* costruito da altri?

Per risolvere la questione occorre riprendere la nozione di *riserva di violenza*, in forza della quale non sarebbe necessaria l'esteriorizzazione del metodo mafioso, purché l'organizzazione disponga di una potenzialità violenta concreta, attuale e visibile, come tale idonea a sprigionare la forza di intimidazione che connota il metodo mafioso.

Mafia Capitale, pur debitrice dell'eredità criminale dei suoi antesignani, sarebbe stata quindi caratterizzata dalla capacità di adattarsi alle “*condizioni storiche, politiche e istituzionali della città di Roma, creando una struttura organizzativa di tipo reticolare o a raggiera, che però mantiene inalterata la capacità di intimidazione derivante dal vincolo associativo nei confronti di tutti coloro che vengano a contatto con l'associazione*”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Tribunale di Roma, Ufficio dei Giudici per le Indagini Preliminari, dott.ssa Flavia Costantini, Ordinanza del 28 novembre 2014, 33.

<sup>7</sup> Anche in ragione dell'adesione alla nota tesi di TURONE, per cui una associazione di tipo mafioso non può sorgere spontaneamente, ma deve avere alle spalle un *sodalizio matrice*, la cui *accumulazione originaria criminale* rappresenta l'embrione del metodo mafioso. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, II ed., Milano, 2008, 131.

<sup>8</sup> E, in particolare, attività legate alla gestione di alcuni campi ROM e all'accoglienza dei migranti, ritenuta uno dei migliori affari sul mercato. Molto fece discutere, a tal proposito, una intercettazione telefonica nella quale uno degli apicali dell'ipotizzato sodalizio mafioso affermava con il proprio interlocutore “*Tu c'hai idea quanto ce guadagno sugli immigrati? Il traffico di droga rende meno*”.

<sup>9</sup> Tribunale di Roma, Ufficio dei Giudici per le Indagini Preliminari, dott.ssa Flavia Costantini, Ordinanza del 28 novembre 2014, 34.

Non può sfuggire però che, seguendo questa impostazione, la forza di intimidazione diviene *fluida*, slegata dall'utilizzo di metodi violenti e fondata sulla capacità del sodalizio criminale di avere rapporti con apparati “deviati” dello Stato: servizi segreti e forze dell'ordine da un lato, funzionari corrotti dall'altro<sup>10</sup>.

### 3. Le pronunce rese in fase cautelare

Come noto, invece, queste tesi sono state accolte, in ambito cautelare, dalla Corte di Cassazione, che si è pronunciata, con due sentenze<sup>11</sup> *gemelle*<sup>12</sup>, stabilendo che: “*la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento e omertà può essere diretta tanto a minacciare la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politico-elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nell'assegnazione di appalti, nel rilascio di concessioni, nel controllo di settori di attività di enti pubblici o di aziende parimenti pubbliche, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca o non sia contiguo al sodalizio*”<sup>13</sup>.

Con queste pronunce, la Corte ha così formato un orientamento originale, nel quale alcuni degli elementi più critici dell'intero discorso sul metodo mafioso si fondono tra loro.

Da un lato viene fatta propria la teorica delle *piccole mafie*: richiamando una pronuncia assai risalente<sup>14</sup>, la Corte ha osservato che nello schema applicativo dell'art. 416 *bis* c.p. non rientrano solo le grandi strutture organizzate, con un

<sup>10</sup> Come è stato correttamente osservato: “È in atto, insomma, il coinvolgimento giudiziale di nuove “classi” di soggetti (anche a titolo di partecipi) nell'orbita del sistema di contrasto della criminalità mafiosa, tale da comportare la modifica del volto stesso del “mafioso” in sensi ben diversi da quelli radicati nell'immaginario collettivo e, tutto sommato, nei repertori giurisprudenziali”. L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016, 3.

<sup>11</sup> Cass. Pen. Sez. VI, 10 aprile-9 giugno 2015, n. 24535 e Cass. Pen. Sez. VI, 10 aprile-8 giugno 2015, n. 24536, in *Cass. Pen.*, 1-2016, 87 ss.; Le sentenze sono state pubblicate anche in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2015, con nota di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*

<sup>12</sup> La definizione è stata usata per primo da A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di “Mafia Capitale”: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.* 1-2016, 126.

<sup>13</sup> Cass. Pen., Sez. VI, sent. 9 giugno 2015, n. 24535.

<sup>14</sup> Cass. Sez. 6, n. 11204 del 10/06/1989. La sentenza riguardava il cd. “Caso Teardo”, ovvero una associazione per delinquere composta prevalentemente da pubblici ufficiali operanti nella Regione Liguria, che sfruttavano la loro posizione ed il potere derivante dalle cariche occupate per commettere concussioni e per acquisire la gestione e il controllo, diretto o indiretto, di appalti pubblici e di varie attività economiche.

elevato numero di membri, dotazioni finanziarie e mezzi imponenti, in grado di condizionare e minacciare continuamente la vita delle persone, ma anche le *piccole mafie*, con un basso numero di appartenenti – del resto per l'art. 416 *bis* c.p. sono sufficienti tre persone – non necessariamente armate, che assoggettano un territorio geograficamente limitato o un determinato settore di attività economico-imprenditoriali, purché la loro operatività si caratterizzi per l'utilizzo di strumenti intimidatori dai quali derivino *assoggettamento* ed *omertà*.

Dall'altro lato, la Cassazione – più ancora dell'ordinanza del GIP<sup>15</sup> – si è soffermata sulle modalità operative tipiche del sodalizio, aprendo la strada ad una revisione giurisprudenziale dell'art. 416 *bis*, tale da ricomprendere la corruzione quale elemento del metodo mafioso.

Secondo la Corte, infatti, il sistematico ricorso alle intese corruttive avrebbe rappresentato una forma privilegiata di manifestazione delle capacità operative del sodalizio, il cui disvalore risiederebbe, in particolare, nell'effetto distorsivo sull'aspettativa dei cittadini nella piena conformità dell'azione amministrativa alle norme che ne disciplinano la trasparenza delle forme di esercizio.

Peraltro, come già osservato in letteratura<sup>16</sup> la dimensione corruttivo-collusiva acquista sempre maggior peso nelle strategie dei sodalizi mafiosi, rappresentando una delle forme più aggressive all'ordine politico-istituzionale dello Stato.

Si tratterebbe peraltro di aspetti perfettamente compatibili con il dettato del comma III dell'art. 416 *bis* c.p., che lungi dal descrivere un *modello oleografico* di associazione mafiosa, presuppone che tra le attività della struttura vi sia quella di “*acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri*”.

L'ampiezza di questo catalogo, avrebbe l'effetto di ricomprendere “*ogni forma di penetrazione dell'associazione nel mondo economico (pubblico e privato) caratterizzata dall'uso di metodi mafiosi, sia che essa abbia ad oggetto coloro che già esercitano l'attività della quale viene acquisita la gestione o il controllo, sia che riguardi i possibili concorrenti ovvero i soggetti pubblici investiti di poteri decisionali in merito alle concessioni, autorizzazioni ecc.*”<sup>17</sup>.

Del resto, il controllo di specifiche aree territoriali non è un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, ma ne rappresenterebbe un dato storico, tuttora sussistente in capo a talune consorterie, ma non tale da escludere la natura mafiosa di altri sodalizi, che ben potrebbero prediligere “*l'incursione su altri “territori” – istituzionali, economici o amministrativi – senza che quella forma di controllo assuma il rilievo di un presupposto indispensabile ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice*”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, cit., 24.

<sup>16</sup> G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 337.

<sup>17</sup> Cass. Pen., Sez. VI, sent. 9 giugno 2015, n. 24535, punto 5.5.

<sup>18</sup> *Ivi*.

In sintesi, secondo la Cassazione possono integrare il tipo legale descritto dall'art. 416 *bis* c.p. anche piccole mafie, dotate di una riserva di violenza tale da non rendere necessaria l'estrinsecazione del metodo mafioso, che prediligono forme larvate di assoggettamento e che operino al fine di controllare un settore economico, piuttosto che una specifica area territoriale.

#### 4. Le prime reazioni nella letteratura penalistica

Come prevedibile, i principi enunciati dalla Corte di Cassazione hanno suscitato reazioni contrastanti in letteratura.

Secondo una prima voce adesiva, l'art. 416 *bis* c.p. sarebbe “*tutto fuorché una gabbia linguistica “chiusa e invincibile”, presentando piuttosto plurimi elementi elastici che in sé contengono i presupposti per funzionare alla stregua di polmoni utili a far respirare alla norma l'aria del tempo che vive*”<sup>19</sup>, dunque l'estensione dell'operatività della norma troverebbe la propria giustificazione nella necessità di adeguamento alla realtà criminologica del fenomeno mafioso, la cui evoluzione potrebbe portare anche ad un ripensamento sull'opportunità di mantenere il riferimento all'assoggettamento e all'omertà come elementi del metodo<sup>20</sup>.

A fronte di tale voce adesiva, sono state sviluppate alcune note critiche<sup>21</sup>.

In particolare, è stato osservato che il fenotipo mafioso richiede l'accertamento della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, mentre alla luce delle nuove forme di contestazione dell'illecito tale accertamento viene ad essere appiattito sul tipo d'autore, ovvero sulle finalità dell'associazione, producendosi così un cambio di paradigma, o meglio la nascita di una pluralità di paradigmi, tra mafie silenziose, mafie affaristico-imprenditoriali, piccole mafie, ecc<sup>22</sup>.

In questo scenario devono, a nostro avviso, essere condivise le critiche formulate da Gaetano Insolera, il quale osserva come di fronte alla fortissima pressione che deriva dall'*Antipolitica*, che spinge per arricchire ulteriormente i *veicoli*, che corrono lungo il doppio binario, si preferisca invece giocare sulla flessibilità del 416 *bis*; una soluzione che, secondo l'Autore, segna il *de profundis* dei principi di determinatezza e tassatività e che determina la perdita di qualsiasi capacità conno-

<sup>19</sup> C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, cit., 5. Tuttavia, ci pare che l'Autore abbia parzialmente rivisto questa posizione un'opera più recente: ID., *La mafia è dappertutto. Falso!*, Bari-Roma, 2016, 28 ss.

<sup>20</sup> C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, cit., 6.

<sup>21</sup> A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di “Mafia Capitale”: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, cit., 125 ss.: L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, cit., *passim*.

<sup>22</sup> A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di “Mafia Capitale”: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, cit., 144-145.



tativa del concetto stesso di *mafia*<sup>23</sup>. Come è stato detto da più parti, infatti, se tutto è mafia, allora nulla è mafia e diviene perfino possibile giungere alla paradossale conclusione che la mafia non esiste<sup>24</sup>.

Il rischio di una eccessiva dilatazione del tipo criminoso dell'associazione di tipo mafioso, dovuto sia alla carica simbolica<sup>25</sup> che tale titolo di incriminazione reca con sé, sia alla tentazione di beneficiare del ricorso a strumenti investigativi particolarmente efficaci, è quello di perdere definitivamente di vista il dato normativo contenuto nel terzo comma dell'art. 416 *bis* del codice penale.

Si avverte, infatti, il pericolo che, così ragionando, si finisca per degradare l'elemento normativo della forza di intimidazione al diverso elemento della forza di suggestione, che si attaglia senz'altro alle istanze punitive della contemporaneità, ma che non è in grado, a nostro avviso, di giustificare una reazione sanzionatoria che vede punito il mero partecipe con la reclusione da dieci a quindici anni.

Se ciò non bastasse, occorre tener presente che la reazione penale classica non è la sola conseguenza della qualificazione di una struttura criminosa come mafiosa e che la transizione da una imputazione di associazione per delinquere ad una imputazione di associazione di tipo mafioso implica il passaggio da una disciplina ordinaria ad una disciplina derogatoria.

##### 5. *La sentenza di primo grado: il mancato riconoscimento del paradigma unitario come premessa per il riconoscimento di due associazioni per delinquere comuni*

Le vicende di Mafia Capitale sono tutt'altro che concluse.

Come noto, il Tribunale di Roma ha pronunciato la prima sentenza di merito, che pur condannando la gran parte degli imputati a pene estremamente severe, ha negato che l'associazione per delinquere fosse di tipo mafioso.

La sentenza di primo grado è stata oggetto di gravame da parte della Procura di Roma e della Procura Generale presso la Corte d'Appello e il processo d'appello comincerà a Roma il prossimo 5 marzo.

Nelle motivazioni della sentenza, stesa dal Presidente del Collegio, dott.ssa Ianniello, troviamo una ricostruzione del tutto alternativa a quella che sino ad ora si è imposta nella narrazione mediatica.

Negando natura unitaria al sodalizio, viene meno la stessa teoria del *Mondo di mezzo*: da un lato vi sarebbe una associazione per delinquere dedita alla commis-

<sup>23</sup> G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 3-2015, 236.

<sup>24</sup> Si consenta il rinvio a: T. GUERINI, *Il metodo mafioso*, in *Una città*, giugno-luglio 2015, 11 ss.

<sup>25</sup> Condivisibile in tal senso quanto affermato da ANDREA APOLLONIO: "La ratio di fondo di tali operazioni sfugge a pochi: caricare di prevenzione generale le incriminazioni per quei fatti che oggi rappresentano mali endemici del Paese". A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, cit., 145.



sione di delitti contro il patrimonio, tradizionalmente appannaggio della criminalità romana, come l'usura o l'estorsione; dall'altro invece avrebbe operato una distinta struttura criminosa, dedita alla corruzione e alla turbativa delle licitazioni pubbliche.

Nessuna delle due associazioni avrebbe avuto caratteristiche tali da consentire di qualificarle autonomamente come mafiose.

Non solo non sussiste l'elemento della *mafiosità derivata*, in quanto non sarebbe possibile stabilire un rapporto tra queste e la Banda della Magliana, gruppo criminale "ormai estinto", riguardo al quale, peraltro, "non si si è potuti giungere ad affermare che si trattasse di un'associazione di tipo mafioso"<sup>26</sup>, così come i NAR sarebbero "una formazione politica ormai cancellata dalla storia"<sup>27</sup>, ma non sarebbe nemmeno possibile riconoscere alle due associazioni una *mafiosità autonoma*.

La prima associazione, riconducibile a Massimo Carminati, la cui natura criminale è ritenuta pacifica, avrebbe posto in essere atti di intimidazioni volti a coartare la volontà di *singoli* debitori, provocando nelle vittime uno stato di grave preoccupazione e timore<sup>28</sup>.

Tuttavia, quell'associazione non avrebbe mai operato nel settore della pubblica amministrazione, ove invece agiva la seconda struttura, riconducibile a Salvatore Buzzi.

Dunque, non un'unica associazione di stampo mafioso, bensì due distinti sodalizi *comuni*, distinti sia per la diversità dei soggetti coinvolti, sia per la diversità delle azioni criminose e per la eterogeneità delle condotte organizzative ed operative<sup>29</sup>.

SCHEDA DI TOMMASO GUERINI

Tommaso Guerini: [tommaso.guerini@uniibo.it](mailto:tommaso.guerini@uniibo.it)

Gaetano Insolera: [gaetano.insolera@uniibo.it](mailto:gaetano.insolera@uniibo.it)

<sup>26</sup> Tribunale di Roma, Sent. 20 luglio 2017 (dep. 16 ottobre 2017), in *Dir. pen. cont.* 27 novembre 2017, con nota di E. ZUFFADA, *Per il tribunale di Roma "Mafia Capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, 3065-3066. Questa affermazione viene contestata nell'appello del Pubblico Ministero, depositato in data 1 dicembre 2017, ove si afferma che il processo per la Banda della Magliana si è concluso, nei confronti di taluni imputati, con sentenza di condanna, all'esito di giudizio abbreviato, per il delitto di cui all'art. 416 *bis*, divenuta successivamente definitiva (Corte d'Assise di Roma, 23 luglio 1997, n. 27). Vero è che per altri imputati, per i quali venne celebrato il giudizio ordinario, tale qualifica venne esclusa. Pertanto, secondo la Procura capitolina, la questione della mafiosità della Banda della Magliana sarebbe "controversa negli esiti giudiziari". Appello del Pm, inedito, 34.

<sup>27</sup> Tribunale di Roma, Sent. 20 luglio 2017 (dep. 16 ottobre 2017), cit., 3067.

<sup>28</sup> *Ivi*, 3072.

<sup>29</sup> *Ivi*, 3084.

LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA  
C.D. TARICCO-BIS (CAUSA C-42/17).  
Dialogo tra le Corti e preminenza del diritto dell'Unione:  
quali scenari possibili?\*

MODERA: Tommaso Guerini

INTRODUCE: Pietro Insolera

DISCUTONO: Giacomo Di Federico, Gaetano Insolera e Filippo Sgubbi

15 marzo 2018

Nella sentenza del settembre 2015 la Corte del Lussemburgo<sup>1</sup>, investita della questione con rinvio pregiudiziale del giudice del Tribunale di Cuneo<sup>2</sup>, forniva un'interpretazione dell'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE con la quale, in base al primato ed alla dottrina degli "effetti diretti" del diritto dell'UE, si imponeva al giudice nazionale di non applicare le disposizioni di cui agli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p.,

---

\* La scheda di sintesi è tratta dal contributo: P. INSOLERA, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *Ind. pen.*, 2018, 1, 247 ss., in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, ove si è statuito che "Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE".

<sup>2</sup> Questione sollevata con ordinanza del 17 gennaio 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia*, 7 febbraio 2014.

in materia di prolungamento massimo del termine di prescrizione in caso di atti interruttivi, qualora da tale applicazione potesse derivare l'impunità "*in un numero considerevole di casi di frode grave*" (violazione del *principio di effettività*), ovvero una minore protezione degli interessi finanziari eurounitari rispetto a quella garantita agli interessi finanziari nazionali (violazione del principio di c.d. *assimilazione o tutela equivalente*).

La decisione, soprattutto (ma non soltanto<sup>3</sup>) alla luce della intrinseca vaghezza del primo dei requisiti enucleati per la disapplicazione, innescava immediatamente divergenti interpretazioni e modalità di recepimento/attuazione in seno alle Corti italiane<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Il vero *punctum dolens* – come rilevato da più parti – è determinato dall'efficacia diretta attribuita all'art. 325 TFUE, norma di natura programmatica, che pone un obiettivo/obbligo in capo ai governi degli Stati Membri, necessitante dell'interposizione del legislatore, e non immediatamente precettiva. Disposizione cioè che fissa un obbligo chiaro e incondizionato, ma difetta del carattere di precisione (ed è priva del c.d. effetto sostitutivo). Più approfonditamente, sulla natura "inedita", rispetto ai tracciati consolidati della giurisprudenza della CGUE, e sulle problematiche innescate dell'effetto diretto "*verticale all'inverso*", operante "*dallo Stato contro il privato*", che soffre un aggravamento della propria posizione processuale e un *vulnus* ai propri diritti fondamentali essenzialmente in ragione dell'inadempimento da parte dello Stato degli obblighi derivanti dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, v. criticamente, da diverse angolazioni: V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in AA.VV., A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 203 ss., 212-216; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea può erigere il giudice a legislatore*, in AA.VV., C. PAONESSA-L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016, 93 ss., 97-99; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *I controlimiti*, cit., 291 ss., 291-296; C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 ottobre 2016, § 4. Da ultimo, v. sul punto le autorevoli riflessioni di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, 1 ss., ed in ptc. 14-15, 23, relativamente alla questione *Taricco*. L'A., nel sottolineare l'importanza del dialogo tra la Corte UE, i giudici comuni e la Corte costituzionale, sostiene che ai giudici europei "*andrebbe richiesto un maggior rigore nell'individuare come "direttamente efficaci e, dunque, direttamente applicabili", norme o principi che tali non sempre sono e sono comunque aperti ad una molteplicità di possibili applicazioni*"; ai giudici nazionali "*di non disapplicare puntuali norme interne applicando principi non univocamente antinomici o addirittura di scarsa precettività; principi che, comunque, potrebbero esigere un più ampio bilanciamento con altri principi (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità)*"; alla Corte costituzionale di "*agire in una duplice direzione: incoraggiare i giudici comuni a ricorrere alla disapplicazione solo ove vi sia, nel caso concreto, un vero e proprio conflitto tra "regole" puntuali e di immediata applicazione e, ove investita della questione, attentamente verificare, se necessario in Dialogo con la Corte di giustizia, la corretta interpretazione della normativa europea*".

<sup>4</sup> Una prima sentenza della Suprema Corte ha dato pronta attuazione all'obbligo di disapplicazione: Cass. Pen., Sez. III, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio), n. 2210, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post-Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, 22 gennaio 2016. Tale pronuncia, una volta ravvisate le *condizioni della gravità* delle frodi e del *numero considerevole di casi* di impunità nel caso *sub iudice*, ha escluso profili di incostituzionalità e ritenuto che l'interpretazione della CGUE dell'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE potesse essere ragionevolmente prevedibile (§§ 17, 18, 20, 21, 22), procedendo a disapplicare la normativa controversa anche per un reato la cui prescrizione era già maturata, ma non ancora dichiarata dal giudice, alla data

Due collegi, prima la Corte di Appello di Milano<sup>5</sup>, in seguito la Corte di Cassazione<sup>6</sup>, ritenevano opportuno sottoporre alla Corte costituzionale i dubbi relativi alla conformità dell'obbligo di disapplicazione a diversi principi costituzionali, attivabili come controlimiti<sup>7</sup>, e specialmente al principio di legalità penale di cui

---

di pubblicazione della sentenza *Taricco* (8 settembre 2015). Altre pronunce del Supremo Collegio hanno invece optato per un orientamento più cauto: Si veda in particolare Cass. Pen., Sez. IV, sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di A. GALLUCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, 3 marzo 2016. Pur non ritenendo sussistenti i presupposti della disapplicazione rispetto ai reati per cui si procedeva (soglia minima di gravità) e senza confutarli, la Cassazione, diversamente alla decisione n. 2210/2016, ha avuto cura di limitare gli effetti della decisione *Taricco* alle sole situazioni in cui la prescrizione non era ancora maturata alla data di pubblicazione della pronuncia (8 settembre 2015): “*In tema di dichiarazione fraudolenta ex art. 2 D.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, i principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande sezione, Taricco e altri del 8 settembre 2015, C-105/14, in ordine alla possibilità di disapplicazione della disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 160 e 161 cod. pen. se ritenuta idonea a pregiudicare gli obblighi imposti a tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea, non si applicano ai fatti già prescritti alla data di pubblicazione di tale pronuncia*”; cfr. in termini non dissimili, successivamente, Cass. Pen., Sez. IV, sent. 7 giugno 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 44584, in *Guida dir.*, 2017, 5, 94 ss., con nota di C. MINNELLA, *Frodi in materia di Iva: la Cassazione chiarisce quando la prescrizione non contrasta con il diritto Ue*. Per successive interpretazioni della Corte Suprema riguardo al requisito di gravità della frode cfr. tra le altre: Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 31265 del 21/04/2017 Ud. (dep. 22/06/2017) Rv. 270193, in *Il Fisco*, 2017, 32-33, con nota di C. SANTORIELLO, *La decisione Taricco si applica solo in presenza di “frodi gravi”*.

<sup>5</sup> Corte d’appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locutro, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “controlimiti”*, 21 settembre 2015.

<sup>6</sup> Corte di Cassazione, sez. III, Ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016. Mentre l’ordinanza della Corte d’appello di Milano limitava i dubbi di incostituzionalità al solo contrasto con il principio di legalità penale di cui all’art. 25, c. 2, Cost. (*sub specie* divieto di retroattività e riserva di legge), la Corte di Cassazione ampliava il perimetro del *petitum*, lamentando anche la violazione degli ulteriori parametri di cui agli artt. 3, 11, 24, 27, c. 3 e 101, c. 2, Cost.

<sup>7</sup> Cfr. in tal senso l’evoluzione giurisprudenziale della dottrina nelle note sentenze nn. 183/1973 (c.d. *Frontini*) (§ 9), 170/1984 (c.d. *Granital*) (§ 7), 232/1989 (§ 3.1). Sulla dottrina dei controlimiti v. di recente nella letteratura costituzionalistica: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 263 ss., 268-269; V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 97 ss.; v. anche il contributo monografico di FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 72 ss. per i controlimiti alla prevalenza del diritto UE e *passim*; da ultimo v. il quadro tracciato da G.P. DOLSO, *I controlimiti “comunitari” tra passato e presente*, in *Nomos*, 2017, 2, 1 ss., sulla vicenda *Taricco* v. 32 ss. In questa sede si fa riferimento ai controlimiti unicamente rispetto all’integrazione con il diritto eurounitario, essi invero sono opponibili anche nell’ambito del rapporto dell’ordinamento nazionale con l’ordinamento concordatario (ex art. 7 Cost.) e con il diritto internazionale consuetudinario (ex art. 10 Cost.), ed anzi soltanto in questi ultimi due contesti sono stati fino ad ora attivati dalla Corte costituzionale: cfr. sent. n. 18/1982 e n. 238/2014 (§ 3.2); nella dottrina penalistica, v. per tutti il quadro tracciato da A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in AA.VV., C.E. PALIERO-S. MOCCIA-G. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELLISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli,

all'art. 25, c. 2, Cost., in tutte le sue diverse declinazioni di garanzia (riserva di legge, irretroattività, determinatezza)<sup>8</sup>.

La Consulta si pronunciava quindi con la ormai celebre ordinanza n. 24/2017<sup>9</sup>, rimettendo la questione nuovamente ai giudici del Lussemburgo, attraverso la formulazione di tre quesiti pregiudiziali, ex art. 267 TFUE, sulla corretta interpretazione da attribuire all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, così come già interpretato nella sentenza *Taricco I*<sup>10</sup>.

Il provvedimento, seppur interlocutorio nella forma, ha invero ribadito fermamente e con “toni alti” il contenuto di garanzia dell'art. 25, c. 2, Cost. in tutta la sua estensione, prospettando soltanto l'uso dell'arma dei controlimiti nei confronti della Corte di Giustizia, senza procedere ad un azionamento immediato, che pure era stato caldeggiato da più parti<sup>11</sup>.

Si è, in altre parole, chiesto ai giudici europei, attraverso uno sforzo dialogico-inclusivo, contraddistinto da *fairness* istituzionale<sup>12</sup>, di “rivisitare” la portata pre-

2016, 7 ss., 73 ss. e, più di recente, ID., *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti*, cit., XII-CXXXIII; V. MASARONE, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ind. pen.*, 2017, 2, 603 ss., con riferimento al caso *Taricco*, 615 ss.

<sup>8</sup> Il Giudice delle leggi è stato investito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, l. n. 130/2008 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della CGUE dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*.

<sup>9</sup> CORTE COST., Ord. 26 gennaio 2017 (ud. 23 novembre 2016), n. 24, *Presidente* GROSSI – *Redattore* LATTANZI, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, 30 gennaio 2017.

<sup>10</sup> “se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata [e/o] anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; nonché, ancora, se la sentenza della Grande Sezione della CGUE dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione (come quella testé descritta), anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

<sup>11</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, in tale direzione, v. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti*, cit., 63 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco*, cit., 203 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, *ivi*, 331 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, *ivi*, 495 ss.; G. INSOLERA, *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Crit. dir.*, 2015, 91 ss.

<sup>12</sup> V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” (note minime sull'ordinanza n. 24/2017)*, in AA.VV., A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 207 ss., 207, l'ha definita “*garbata nella forma, rocciosa nella sostanza*” e “*densa di contenuti assiologici*”.



cettiva della “regola *Taricco I*”, tenendo nella dovuta considerazione gli *invalidabili caratteri strutturali-identitari* del nostro ordinamento costituzionale.

Nello specifico, due i profili centrali sui quali si è concentrato lo sforzo della Corte: il divieto assoluto di mutamenti retroattivi *in peius* delle disposizioni sostanziali che disciplinano la punibilità e l’istanza di determinatezza della legge penale.

Sul primo versante – pur facendo esercizio di *deference* nei confronti della CGUE e senza *porla in discussione* – si è riscontrato come la regola tratta dall’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, mai avrebbe potuto essere *ragionevolmente prevedibile* da parte del singolo al momento della commissione del fatto di reato, essendo così vulnerato il fondamentale principio di certezza del diritto, ed in particolare la tutela dell’affidamento del singolo a che non siano cambiate in corso di partita, arbitrariamente, le regole del gioco<sup>13</sup>.

Con riferimento al principio di determinatezza, la natura vaga e indefinita dell’obbligo imposto dal giudice europeo, chiaro e incondizionato, ma non caratterizzato dalla necessaria precisione e analiticità – ragionava la Corte costituzionale – avrebbe inevitabilmente comportato una dilatazione eccessiva dello spazio di discrezionalità giudiziale, tale da sfociare nell’arbitrio.

Si sarebbe consentito, infatti, al giudice ordinario nazionale di rimuovere i limiti legali, se ritenuti di ostacolo alla punibilità, sulla base di valutazioni *sostanzialmente normative*, riservate nel nostro sistema costituzionale agli organi di rappresentanza politica, travalicando così i limiti fissati dall’art. 101, c. 2, Cost., che vuole il giudice “*soggetto soltanto alla legge*” (§§ 5 e 9, qui il solenne, e quanto mai opportuno, ripudio del c.d. “giudice di scopo”<sup>14</sup>).

<sup>13</sup> Sulla diversa “colorazione” che il divieto di retroattività della legge penale assume quando opera rispetto alle norme prescrizionali e non al binomio precetto-sanzione *stricto sensu* – protetta dall’ordinanza n. 24/2017 (§ 5) – v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse*, cit., 213-214, secondo cui si presidia “*l’affidamento sul fatto che lo Stato non ‘cambi le carte in tavola’ a sorpresa, ossia alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di prééminence du droit e sulla rule of law – una fairness sostanziale e procedurale*”; sul punto v. già M. DONINI, intervento in M. NOBILI-L. STORTONI-M. DONINI-M. VIRGILIO-M. ZANOTTI-N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It.*, 1998, V, c. 317 ss., 324, secondo cui non si tratta di garantire un affidamento inteso come calcolabilità anticipata del trattamento, ma di assicurare che le regole sostanziali del gioco non vengano cambiate a scopo di prevaricazione in corso di partita, dovendosi impedire manipolazioni sopravvenute dirette a peggiorare la situazione “punitiva” di chi abbia già commesso un reato, anche se riguardanti istituti estranei alla “materia del divieto”, ma non per questo al di fuori della “sostanza” del potere punitivo. Cfr. altresì C. SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”. *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (Caso Taricco)*, in AA.VV., A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, cit., 435 ss., 448-449.

<sup>14</sup> Il criterio del “*numero considerevole di casi*” è fin da subito stato oggetto di penetranti critiche da parte della dottrina penalistica, per l’impossibilità di effettuare il giudizio di adeguatezza, in virtù dei limiti imposti nel nostro ordinamento costituzionale alla funzione giurisdizionale ex art. 101, c. 2, Cost.: v. ad es. L. Eusebi, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 93 ss.; C. Sotis, *Il limite come controlimit*, cit., 495 ss., 504 ss.

L'ordinanza n. 24/2017, assai apprezzata da gran parte della dottrina (specialmente, ma non soltanto, penalistica)<sup>15</sup> – perché abile nel riaffermare con fermezza il (più elevato) livello di garanzia previsto dall'ordinamento interno<sup>16</sup>, senza rinunciare al dialogo con i giudici europei<sup>17</sup> (che avevano originariamente, al contrario, ignorato le specificità italiane<sup>18</sup>) – è stata anche sottoposta a rilievi critici.

Diversi i profili di problematicità, segnalati da più parti<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Hanno mostrato di apprezzare la pronuncia della Corte costituzionale, sia per la fermezza con la quale si è riaffermata la (più ampia) portata garantistica del principio di legalità penale interno, sia per la sincera volontà di dialogare manifestata dalla Consulta, che nel suo ragionamento ha saggiamente valorizzato il principio di leale collaborazione e l'“unità nella diversità”, verso un più elevato livello di protezione dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, da conseguire attraverso l'inclusione, e non già tramite la sterile “contrapposizione” muscolare delle identità costituzionali dei diversi Stati membri: cfr. D. PULITANO, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2017, 8 ss., 9, secondo il quale “Per la tenuta e l'auspicabile evoluzione di un *Recht-staat* che potrebbe diventare sovranazionale, europeo, la saggezza della nostra Corte costituzionale (non la sentenza Taricco I) ha segnato un buon punto d'appoggio”; M. LUCIANI, *Intelligenti Pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in AA.VV., A. BERNARDI – C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, cit., 193 ss., 195; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse*, cit., 221; C. SOTIS, “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”, cit., 435 ss.

<sup>16</sup> Essendo, peraltro, quantomeno potenzialmente, in grado di “rivitalizzare” i diversi corollari della legalità penale e forse facendo preludere ad una stagione contrassegnata da maggiore coraggio nell'utilizzo in chiave dimostrativa del principio di determinatezza, anche su disposizioni nazionali: in tal senso v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse*, cit., 221; C. SOTIS, “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”, cit., 451-454, e giurisprudenza ivi citata.

<sup>17</sup> Nella condivisibile prospettiva di arricchire la portata garantistica del principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 49 CDFUE, includendovi necessariamente la determinatezza delle disposizioni penali e la sottoposizione del giudice alla *lex scripta parlamentaria*, tratto costitutivo degli ordinamenti di *civil law*, rientrante nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6, § 3, TUE): cfr. § 9, ord. n. 24/2017.

<sup>18</sup> È questo un profilo di non poco momento, rilevante per comprendere la struttura fortemente superficiale e *anti-dialogica* della motivazione della pronuncia *Taricco I*: l'apprezzamento delle specificità dell'ordinamento italiano in punto di natura sostanziale delle norme sulla prescrizione e di portata, più ampia, del principio di legalità penale ex art. 25, c. 2, Cost., è stato precluso *ab initio* alla Curia lussemburghese, giacché, come si precisa al § 28 della sentenza *Taricco II*, tali elementi “non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all'origine della sentenza *Taricco*”. Un profilo sul quale riflettere, che manifesta bene tutta la pericolosità dell'auto-attribuzione da parte della Corte di Giustizia di competenze penali dirette in sede pretoria, tramite la dottrina degli effetti diretti, senza deliberazione in sede legislativa, aggirando le forme previste dai Trattati (art. 83, §§ 1 e 2, TFUE), disposizioni che, a differenza dell'art. 325 TFUE, contemplano la c.d. *clausola con freno di emergenza* (art. 83, § 3, TFUE), la cui funzione è proprio quella di sospendere la procedura legislativa al fine di valutare se un progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico penale dello Stato Membro. Tale aspetto costituisce un'ulteriore differenziazione, oltre quella relativa alla carenza di armonizzazione, rispetto al noto caso *Melloni*: anche in materia di cooperazione giudiziari in materia penale (ex art. 82, § 3, TFUE), è infatti prevista la c.d. *clausola con freno di emergenza*, che avrebbe consentito allo Stato Membro (la Spagna, in quel caso) di avanzare le obiezioni sul più elevato livello di garanzie costituzionali nazionali *ex ante*, nelle opportune sedi politico-legislative. In questi termini v. C. AMALFITANO, *Primato dell'Unione vs identità costituzionale o primato dell'Unione e identità nazionale?*, in AA.VV., A. BERNARDI – C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, cit., 3 ss., in pct. 12-13.

<sup>19</sup> Da diverse prospettive si mostrano apertamente critici nei confronti dell'ordinanza *Taricco*, tra



In sintesi, anzitutto, uno strisciante “*sovranismismo*” avrebbe caratterizzato l’argomentazione e la stessa formulazione dei quesiti pregiudiziali da parte della Corte, che, nonostante la “*veste dialogica*”, avrebbe in realtà posto un vero e proprio *ultimatum* – mettendo di fronte alla Corte europea la dottrina, di matrice puramente costituzionale-nazionale, dei controlimiti – senza riflettere adeguatamente sulle conseguenze di tale scelta, nell’attuale, particolarmente difficoltosa, fase di integrazione politico-giuridica europea<sup>20</sup>.

Inoltre, una presa di posizione così forte, “di rottura”, non sarebbe giustificata dallo scopo di difendere una normativa, come quella controversa in materia di prescrizione, che costituisce un’eccezione tutta italiana e ci pone da molto tempo in fondo a tutte le graduatorie, contravvenendo agli obblighi di risultato, in materia di protezione degli interessi finanziari, imposti dalla partecipazione all’Unione Europea, che abbiamo acconsentito attraverso le limitazioni di sovranità ai sensi dell’art. 11 Cost<sup>21</sup>.

Infine, si è sottolineato l’atteggiamento ambiguo, nella forma del *silenzio*, serbato dal Giudice delle leggi riguardo ad un aspetto essenziale, che si identifica forse nel *nucleo fondamentale* dello “scontro di paradigmi” tra legalità penale interna ed europea: il nodo della riserva di legge e dell’attribuzione di competenze dirette all’Unione Europea in materia penale. Sul punto – si è sostenuto – una maggiore chiarezza non avrebbe guastato<sup>22</sup>.

Vero è che nelle illustrate posizioni critiche nei confronti dell’ordinanza n. 24/2017, a parere di chi scrive, si coglie una idea di fondo, non nuova, che ha caratterizzato in tempi recenti il discorso sul “diritto penale europeo”.

L’idea che alle difficoltà evidenti in cui versa il processo politico di integrazione si possa, e si debba, rispondere con strappi, con atti di forza, provenienti dalle varie

gli altri, senza pretese di esaustività: F. VIGANO’, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in AA.VV., A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, cit., 475 ss.; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, *ivi*, 405 ss.; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (A margine di Corte cost. n. 24/2017)*, *ivi*, 393 ss.

<sup>20</sup> In questo senso, critici nei confronti del c.d. *sovranismismo dei diritti fondamentali*, F. VIGANO’, *Le parole e i silenzi*, cit., 477; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio*, cit., 415; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit., 397.

<sup>21</sup> Cfr. in questi termini già F. VIGANO’, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 239 ss. e in seguito ID., *Le parole e i silenzi*, cit., 476-477, 491.

<sup>22</sup> Si vedano al proposito le osservazioni di F. VIGANO’, *Le parole e i silenzi*, cit., 484. Come si è ampiamente rilevato, tuttavia, è giustificabile e comprensibile che la Corte abbia optato per esprimersi in termini di ragionevole prevedibilità e determinatezza, in un linguaggio “culturalmente” più vicino a quello della Corte di Giustizia (e della Corte Edu), al fine di agevolare la non facile opera di rivisitazione del *dictum* ai giudici europei, attraverso principi già acquisiti ed ampiamente elaborati nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali. Sul punto v. con chiarezza C. SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”, cit., 446-447.

giurisdizioni continentali. Esse interverrebbero poi a legittimare obiettivi di scopo presenti in quelle nazionali.

Si tratta di idea che immagina il ribaltamento del rapporto ancora in essere tra istituzioni politiche democratiche e giurisdizione penale.

Ai limiti, sempre più evidenti, al processo di unificazione politica, si vorrebbero opporre gli slanci dei giudici europei e nazionali<sup>23</sup>.

È questo uno scenario che rischia di minare il disegno e le procedure che caratterizzano l'architettura delle democrazie costituzionali vigenti, a cominciare da quelle dei più importanti paesi fondatori.

L'udienza nella causa pregiudiziale, celebratasi dinnanzi alla Grande Camera il 29 maggio 2017 si rivelava – come era lecito attendersi, vista la complessità e l'importanza del caso – particolarmente intensa e ricca di quesiti, posti dal collegio alle parti<sup>24</sup>.

Il 18 luglio 2017 l'Avvocato Generale Bot rassegnava in pubblica udienza le sue conclusioni, esprimendo una posizione a dire poco “oltranzista” rispetto alle esigenze di tutela della finanze dell'Unione Europea, tesa a fare prevalere, “costi quel che costi”, le istanze di effettività, unità e primazia del diritto eurolunitario, senza prestare minimamente ascolto ai suggerimenti della Corte costituzionale, esasperando in tal modo ulteriormente il conflitto inter-ordinamentale<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Per una articolata critica a tale prospettiva, riconducibile alla dottrina del c.d. costituzionalismo multilivello, v. per tutti M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, 1644 ss., in ptc. § 5.

<sup>24</sup> Un dettagliato e utile resoconto dell'udienza è offerto da M. ARANCI, *Cronaca da Lussemburgo: l'udienza di discussione nella causa c.d. Taricco-bis*, consultabile all'URL <http://rivista.eurojus.it/cronaca-da-lussemburgo-ludienza-di-discussione-nella-causa-c-d-taricco-bis/>, 6 giugno 2017.

<sup>25</sup> Nell'impostazione sostenuta dall'Avvocato generale, in sintesi, si invitava la Corte a confermare il *dictum* di cui alla sentenza *Taricco I*, a considerare la nozione di interruzione del termine di prescrizione quale nozione autonoma di diritto UE, in base alla quale “ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine della prescrizione” e “tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato”. Il contenuto di protezione dell'art. 49 CDFUE, inoltre, non sarebbe stato vulnerato da una disapplicazione retroattiva della normativa controversa nel corso del procedimento penale. Non si sarebbero potute applicare – da parte della Repubblica italiana – infine, né la clausola di cui all'art. 53 CDFUE né l'art. 4, § 2, TUE. Sulle conclusioni dell'AG Bot v. i contributi, unanimemente critici, di: R. BIN, *Taricco: Aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2017; L. DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European papers. European forum*, 7 settembre 2017; C. CUPELLI, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non) continua*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 ottobre 2017; M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in *VerfBlog*, 2 agosto 2017, <http://verfassungsblog.de/the-opinion-of-advocate-general-bot-in-taricco-ii-seven-deadly-sins-and-a-modest-proposal/>; F. CAPOTORTI, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa c.d. Taricco Bis stentano a trovare una soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti ?*, 8 agosto 2017, in *www.eurojus.it*; R. LUCEV, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 21 luglio 2017; FE. MAZZACUVA, *Nella Babele della vicenda “Taricco-bis”. Brevi osservazioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale*, in *Parola alla difesa*, 2017, 5, 399 ss.; F. URBINATI, *Le conclusioni dell'avvocato generale*

Dopo avere concisamente ripercorso il contenuto della domanda pregiudiziale della Consulta, le discordanti reazioni nella comunità degli interpreti e l'evoluzione successiva della causa pregiudiziale, occorre procedere alla disamina del *reasoning* e del dispositivo della sentenza *Taricco II*<sup>26</sup>.

Chi si aspettava un *grande arrêt* da parte della Corte europea, accostabile, quanto a stile argomentativo e densità di “*contenuti assiologici*”<sup>27</sup>, all’ordinanza di rinvio – calati, però, ovviamente, nel diverso contesto eurounitario – sarà forse rimasto deluso.

Lo stile redazionale asciutto (così diverso da quello della Corte costituzionale)<sup>28</sup> e lo stesso iter logico-argomentativo, paiono evidentemente frutto delle logiche compromissorie, in buona parte di natura politica, che hanno influenzato i lavori in seno al Collegio<sup>29</sup>, il quale, si ricordi, era posto di fronte alla alternativa secca tra rivisitare il proprio precedente *dictum*, ovvero andare allo “scontro frontale” con la Consulta.

Ha prevalso la prima opzione, sviluppata attraverso un più ragionevole bilanciamento tra le istanze sottese al primato e all’effettività del diritto dell’Unione e le ragioni della legalità penale italiana, che – come vedremo – viene “europeizzata”<sup>30</sup>.

---

nel caso “*Taricco*”: presagio di un contrasto insanabile?, in *Archivio penale*, 2017, 3, 1 ss.; volendo, v. anche P. INSOLERA, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale Bot nella Causa C/42/17: un’altra (assai infelice) tappa della tormentata vicenda Taricco*, in *Ind. pen. online*, 2017, 3, 13 ss.

<sup>26</sup> CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con osservazioni di C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di giustizia*, 11 dicembre 2017, ove si è statuito che “L’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.

<sup>27</sup> V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse*, cit., 207.

<sup>28</sup> Si tratta di un aspetto assai rilevante, e troppo spesso sottaciuto. Il grande potere, a tutti gli effetti “normativo”, nelle mani dei giudici eurounitari, la differenza tra modelli di legalità penale di riferimento, i diversi moduli decisorii e schemi argomentativi/motivazionali che di conseguenza caratterizzano le loro decisioni, devono stimolare un’indagine più penetrante sui requisiti di legittimazione della Corte lussemburghese, tramite l’analisi dei metodi di selezione, nomina, avanzamento di carriera dei giudici: in questa direzione, di recente, v. l’interessante incontro di studio organizzato dal Centro Marongiu dell’Unione Camere Penali Italiane, svoltosi a Bologna, il 22 settembre 2017, *Anatomia del Potere Giudiziario: l’Europa*, i cui atti saranno pubblicati da Carocci nel 2018.

<sup>29</sup> Le motivazioni politico-istituzionali e il desiderio di “*constitutional peace*” giustificano “*a somewhat awkward reasoning which does not make perfect sense on points of law, but it does in other ways, which could be more important here*”, secondo C. PERISTERIDOU-J. OUWERKERK, *A Bridge over Troubled Water – a Criminal Lawyer’s Response to Taricco II*, in *VerfBlog*, 12 dicembre 2017, cit., 5.

<sup>30</sup> Sottolinea, sottoponendolo però a critica, il profilo del “nuovo” bilanciamento effettuato dalla

Nella complicata opera di “rivisitazione” hanno rivestito un peso molto importante le indicazioni ermeneutiche della Corte costituzionale.

Il giudice europeo, infatti, si è “appoggiato”, confermandone sostanzialmente la correttezza, alla chiave interpretativa, “benevola” e indulgente, acutamente desunta dal Giudice delle leggi dai §§ 53 e 55 della decisione *Taricco I*<sup>31</sup>(ord. n. 24/2017, § 7), secondo la quale tali statuizioni avevano inteso lasciare al giudice comune nazionale una “riserva di verifica” della compatibilità tra interpretazione dell’art. 325 TFUE (obbligo di disapplicazione retroattivo *in malam partem* sulla base di criteri indeterminati) e diritti fondamentali degli imputati<sup>32</sup>.

Tale salvifico “cavillo” consente poi alla Corte europea di “riempire”, con una decisa “retromarcia”, la portata del principio di legalità di cui all’art. 49 CDFUE degli ulteriori profili di garanzia, la cui valutazione era stata omessa in precedenza, ovvero sia prevedibilità, irretroattività e determinatezza.

Nel percorso motivazionale la Grande Camera riesce a ritornare sui propri prassi con affermazioni più sobrie e circoscritte di quanto forse ci si potesse lecitamente attendere, limitate a quanto *strettamente necessario* per decidere il caso concreto<sup>33</sup>. Significativamente, a tale proposito, vengono scartate le opzioni normative, che pure erano state prospettate dalla Consulta nella domanda pregiudiziale<sup>34</sup>, allo scopo di preservare le peculiarità (*recte*: le maggiori garanzie) della legalità penale e dell’identità costituzionale nazionale: l’art. 53 CDFUE (c.d. clausola di non regressione del livello di tutela dei diritti fondamentali), da un canto, e l’art. 4, § 2, TUE, dall’altro. Anche la decisione di evitare lo “strappo”, che sarebbe stato determinato dal riconoscimento dell’operatività di una di tali clausole, a tutto favore di una diversa rilettura inclusiva, “potenziante” del principio di legalità penale eu-

---

CGUE: A. RUGGERI, *La Corte di giustizia porge un ramoscello un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell’Unione (a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, 3, 1 ss., 4.

<sup>31</sup> Cfr. § 53: “Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale” e § 55: “Tuttavia, con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell’ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all’occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell’Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall’articolo 49 della Carta”.

<sup>32</sup> In dottrina v. sul punto C. SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”, cit., 437.

<sup>33</sup> Un’ipotesi di soluzione siffatta, senza riconoscere l’operatività in chiave “oppositiva”, pur con le nette differenze, né dell’art. 53 CDFUE, né dell’art. 4, § 2, TUE, era stata formulata dalla dottrina comunitarista: ad es. v. L.S. ROSSI, *Come risolvere la “questione Taricco” ... senza far leva sull’art. 4, par. 2, TUE*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2017.

<sup>34</sup> E ulteriormente approfondite in dottrina: v. ad es. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse*, cit., 218-221; C. AMALFITANO, *Primato dell’Unione vs identità costituzionale*, cit., 12-16.

rounitario, stimolata dal Giudice delle leggi (*ex art. 49 CDFUE e art. 6, § 3, TUE*), va dunque tenuta nella giusta considerazione.

SCHEDA DI PIETRO INSOLERA

Tommaso Guerini: *tommaso.guerini@unibo.it*

Pietro Insolera: *pietroinsolera@gmail.com*

Giacomo Di Federico: *giacomo.difederico@unibo.it*

Gaetano Insolera: *gaetano.insolera@unibo.it*

Filippo Sgubbi: *prof.sgubbi@gmail.com*

## CONSENSO INFORMATO E BIOTESTAMENTO (LEGGE N. 219 DEL 2017): UNA “BUONA LEGGE BUONA”

MODERATORE: Gaetano Insolera  
RELATORE: Stefano Canestrari  
11 aprile 2018

1) Nella memoria scritta relativa all’audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, in data 28 aprile 2016, avevo posto l’accento sull’assenza di una disciplina organica nel nostro ordinamento giuridico del *consenso informato, del rifiuto e della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari*. Pertanto avevo formulato, in quella sede, la proposta di un articolato, elaborato sulla falsariga di quello redatto da un gruppo di studiosi ed esperti – tra cui il sottoscritto – coordinato dal Prof. Paolo Zatti<sup>1</sup>.

La legge n. 219 del 22 dicembre 2017, in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, attesa da decenni, si colloca nell’ambito delle coordinate che avevo delineato e disciplina in modo chiaro ed efficace i diversi profili della relazione di cura<sup>2</sup>: «una buona legge buona»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Prova di testo normativo sulla relazione di cura*, consultabile all’indirizzo <https://undirittogentile.wordpress.com>. Per il testo della mia Audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera, v. *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1201 ss.

<sup>2</sup> Come sottolinea la relatrice della legge, l’On. Donata Lenzi (in <http://www.donatalenzi.it>, newsletter del 16 dicembre 2017), alla stesura del testo base hanno collaborato in modo proficuo medici e giuristi (tra cui il sottoscritto e, in una fase successiva, il Prof. Paolo Zatti, la Professoressa Patrizia Borsellino e il Prof. Carlo Casonato). La relatrice sottolinea inoltre come l’approvazione definitiva della legge sia avvenuta con una maggioranza molto ampia anche in virtù di adesioni significative da parte del mondo cattolico. In generale sulle questioni del fine vita, val la pena rileggere le belle parole scritte da Papa Francesco nel messaggio ai partecipanti al meeting regionale europeo della World Medical Association del 16 novembre 2017: «Gli interventi sul corpo umano diventano sempre più efficaci, ma non sempre sono risolutivi: possono sostenere funzioni biologiche divenute insufficienti, o addirittura sostituirle, ma questo non equivale a promuovere la salute. Occorre quindi un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo, ma talora non giovano al bene integrale della persona».

<sup>3</sup> È l’espressione che ho proposto nell’editoriale *Una buona legge buona* (ddl recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»), pubblicato nella *Riv. it. dir. med. leg.*, 2017, n. 3.



2) Procedo con ordine e in estrema sintesi per evidenti limiti di spazio. L'art. 1 («Consenso informato») afferma che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (comma 1). Il richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli convenzionali di riferimento<sup>4</sup> individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà<sup>5</sup>.

Nell'ambito dei principi costituzionali, il consenso informato costituisce espressione eminente del principio di inviolabilità della libertà umana di cui all'art. 13 Cost., da cui discende il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo; e, sotto diversa angolatura, del diritto alla salute di cui all'art. 32, comma 1, Cost. – diritto che, in quanto tale, può essere tutelato dalla persona secondo le proprie opzioni e i propri valori – e del divieto di trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi di stretta previsione legislativa, oltre che dei limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32, comma 2, Cost.).

Sotto il primo profilo, il tema del consenso informato, lungi dal rilevare solo come problema di tecnica giuridica e di collocazione dogmatica – presupposto di liceità, causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione – costituisce espressione primaria della tutela dell'autonomia personale: il consenso informato rappresenta presidio della libertà e prima ancora della dimensione corporea individuale da ogni tipo di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente.

Sotto il secondo profilo, il tema del consenso informato rimanda essenzialmente alle modalità di relazione tra professionista e destinatario della prestazione, in particolare tra medico e paziente, per le quali qualsiasi intervento di diagnosi, terapia, prognosi (o sperimentazione) può essere praticato soltanto in virtù di una «autorizzazione» da parte del soggetto su cui ricade l'intervento. Il consenso informato assume rilievo come strumento necessario per produrre interazioni di tipo cooperativo – nelle quali s'incontrano «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (comma 2) – al fine di promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

<sup>4</sup> Come è noto, in precedenza, nella stessa prospettiva della Carta dei diritti, il principio del consenso informato aveva trovato esplicito riferimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997.

<sup>5</sup> Sia consentito il rinvio a CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, in part. 67 ss.



Il comma 3 dell'art. 1 pone l'accento su un'informazione esaustiva, assumendo rilievo il diritto del paziente ad avere piena contezza dei termini in cui la relazione con il sanitario è orientata alla ricerca della migliore opzione terapeutica a favore della sua salute. In questa direzione, mi preme sottolineare che la funzione del «consenso informato» è quella di costituire, più in generale, una garanzia che la relazione terapeutica, quantunque asimmetrica, si mantenga «umana» (non tra «stranieri morali» alla maniera di Engelhardt), a fronte della progressiva tecnologizzazione della medicina e degli esiti di «spersonalizzazione» che questa può comportare, quindi il più possibile «personale» ed «empatica».

3) Al comma 5° dell'art. 1 si puntualizza che «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Questa chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione e della idratazione artificiali come trattamenti sanitari conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1). Di segno opposto era la disciplina restrittiva del disegno di legge Calabrò approvato in prima lettura dal Senato e con modifiche dalla Camera il 12 luglio 2011 (in Atti parl. Cam., XVI legislatura, doc. n. 2350), poi decaduto per la fine della legislatura<sup>6</sup>.

In coerenza con il principio del consenso informato come (di norma) legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, il comma 6 dell'art. 1 – richiamato anche dall'art. 4, comma 5, in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento – afferma che «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Si assiste dunque ad una «certificazione» del «diritto dei principi» che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita da parte di un paziente autonomo e il caso di rinuncia di trattamenti sanitari *quoad vitam* da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale).

Come ho da tempo sottolineato era auspicabile che il legislatore sancisse in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di

---

<sup>6</sup> Per una severa critica a tale proposta di riforma, cfr. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *www.forumcostituzionale.it*, 17 febbraio 2009; D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam.*, 2009, 1281 ss.; CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, 2° ed., Torino, 2014, 45 ss.; FERRANDO, (voce) *Testamento Biologico*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 987 ss.; BORSSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2016, 98-99.

un trattamento sanitario – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente<sup>7</sup>.

In assenza di una disposizione normativa così netta, la paura del malato di poter essere irrevocabilmente vincolato alla prosecuzione delle terapie provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi giudiziari. Mi limito a segnalare l'effetto tremendo e perverso – che ho posto più volte in evidenza nell'ambito del Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>8</sup> – di finire per dissuadere il paziente a intraprendere un trattamento sanitario salvavita per il timore di rimanere in una «condizione di schiavitù» in cui viene negato valore ad una revocabilità o ritrattabilità del consenso a proseguirlo<sup>9</sup>.

4) Sempre al comma 6 dell'art. 1 si è inteso ribadire l'ovvietà di un assunto, con una formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche: a fronte di richieste, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia, alle buone pratiche clinico-assistenziali, «il medico non ha obblighi professionali». Il comma seguente dell'art. 1 riguarda l'urgenza e prevede che «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle». La formulazione del testo è apprezzabile, l'unico rilievo consiste nel fatto che si sarebbe potuto precisare che, una volta cessate tali situazioni, il principio del consenso informato riacquista piena vigenza.

Al divieto dell'abbandono terapeutico e alle cure palliative è dedicato un periodo significativo dell'art. 1, comma 5, e il successivo art. 2.

Al comma 5 dell'art. 1 si afferma: «Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico pro-

<sup>7</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, *Il governo del corpo*, Tomo II, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, Milano, 2011, 1901 ss. e *ivi* l'analisi della giurisprudenza, in particolare delle motivazioni della sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del GUP del Tribunale di Roma nel caso Welby. Per l'enunciazione dei principi di biodiritto penale della fine della vita umana e i necessari riferimenti alla letteratura civilistica, costituzionalistica e penalistica, v. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.

<sup>8</sup> In occasione della stesura del parere del CNB del 24 ottobre 2008, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, redatto da chi scrive, Lorenzo d'Avack e Laura Palazzani, consultabile all'indirizzo [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html)

<sup>9</sup> Dopo che è stato ovviamente «sancito» il suo pieno e assoluto diritto a rifiutarlo. Naturalmente, la mancata attuazione del diritto del paziente di interrompere un trattamento sanitario produce inaccettabili discriminazioni tra malati sulla base della tipologia di malattia che li affligge, dello stato di avanzamento della patologia e del tipo di terapia attuata: così, chiaramente, CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2017.

spetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». L'obiettivo lo-devole è quello di scongiurare il rischio che il diritto al rifiuto di cure si traduca in potenziale veicolo di condotte di «abbandono terapeutico». In particolare, è necessario ribadire con forza che il sanitario, nell'ambito della relazione di cura, non deve limitarsi a registrare passivamente – con supina acquiescenza – la volontà del paziente. Come ha avuto modo di sottolineare il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *Informazione e consenso all'atto medico*, «In caso di malattie importanti e di procedimenti terapeutici e diagnostici prolungati, il rapporto curante-paziente non può essere limitato ad un unico, fugace incontro. [...] Il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale»<sup>10</sup>.

In effetti, si deve avere piena consapevolezza dei pericoli sottesi all'emancipazione della questione della relazione terapeutica da una visione anche solo sottilmente paternalistica. Intendo fare riferimento soprattutto ai rischi di deresponsabilizzazione da parte dei medici, di medicina difensiva e burocratizzata (da formulario), di sovraccarico decisionale e responsabilizzante del paziente, di decurtazione delle risorse destinate al servizio sanitario, con esiti di abbandono terapeutico. Se non si contrasta con efficacia tale prospettiva, il consenso informato si trasmuta, paradossalmente, in una sorta di etero-interesse di carattere sociale, in virtù del quale la collettività si libera di un carico considerato troppo gravoso o comunque razionalizza e ottimizza, secondo i propri interessi, l'allocazione delle risorse economiche, strutturali e umane.

5) L'art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita») prevede tre commi: «1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38. 2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. 3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

---

<sup>10</sup> Parere del CNB del 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*, consultabile all'indirizzo [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html)

Quest'ultima disposizione appare in piena sintonia con il recente documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte (29 gennaio 2016). E invero nelle raccomandazioni di tale parere si afferma che «anche il paziente che s'inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o rinuncia di uno o più trattamenti sanitari o all'uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali ha diritto di beneficiare della terapia del dolore e in caso di sofferenze refrattarie della sedazione profonda e continua»<sup>11</sup>.

Per ciò che riguarda la persona minore, legalmente incapace, o non pienamente in grado di autodeterminarsi, la legge, all'art. 3, contempla in modo adeguato le modalità per attuare un diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione per quanto ne sia concretamente in grado.

6) In questa sede non è possibile esaminare nel dettaglio gli articoli 4 e 5, laddove disciplinano le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure, la quale rappresenta un apprezzabile tentativo di rafforzare l'alleanza terapeutica tra medico e paziente.

In riferimento all'art. 4, mi limito ad osservare con soddisfazione che il testo si ispira alla legge tedesca sulle disposizioni del paziente del 29 luglio 2009, che avevo indicato come normativa di riferimento durante l'audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati. In particolare, il testo muove dal presupposto che le DAT non hanno un carattere meramente orientativo ma devono essere pienamente rispettate. Non si tratta però di una natura inderogabilmente vincolante in quanto occorre verificare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata e quella effettivamente verificatasi<sup>12</sup>. Dispone pertanto il comma 5 dell'art. 4: «[...] il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. [...]». A prescindere da alcuni rilievi critici sulla qualità del testo (ad es., il termine «disattese» non esprime in maniera adeguata l'opera di adattamento delle DAT in relazione alle circostanze concrete), tale presa di posizione del nostro legislatore consente di allineare la normativa italiana a quelle vigenti nella maggior parte degli Stati europei.

L'art. 5 disciplina la possibilità di definire, e di fissare in un atto, in relazione all'evoluzione delle conseguenze di una patologia cronica ed invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico è tenuto ad attenersi

---

<sup>11</sup> [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html)

<sup>12</sup> Ritiene che una simile cautela sia necessaria e «saggia», PULITANÒ, *Riflessioni su Stefano Canestrari, Principi di biodiritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 dicembre 2015, 4.

in tutte le ipotesi nelle quali il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità (comma 1). Si tratta di una tipologia «intermedia» tra il consenso attuale e le DAT che ritengo abbia un significativo valore etico anche in considerazione del fatto che il piano di cura condiviso può essere rinnovato, aggiornato o modificato su richiesta di un paziente «competente» riguardo all'evoluzione della sua patologia.

7) Ciò detto, concludo con un'osservazione, che considero di estrema importanza alla luce delle riflessioni svolte finora e incentrate prevalentemente sulla disciplina del consenso/rifiuto informato e della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari. Ritengo fondamentale leggere insieme i commi 8 e 10 dell'art. 1: «8. Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»; «10. La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di *relazione* e di *comunicazione* con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative» (sottolineature di chi scrive).

Quest'ultima prescrizione investe le istituzioni cui compete la formazione del personale sanitario, a partire dalle Università, dove le Scuole di Medicina dovrebbero insegnare le modalità di comunicazione. Infatti, quando si parla di consenso informato emerge la questione della comprensibilità dell'informazione, della sua «genuinità» (garanzia dalle manipolazioni), dell'accessibilità del linguaggio utilizzato per veicolarla. Ma anche delle modalità di comunicazione: un'informazione fredda e asetticamente veritiera, a seconda del tipo di malattia, può rafforzare la scelta terapeutica magari più gravosa ma anche più efficace e comunque può indurre un atteggiamento più «partecipativo e combattente» del paziente; ma, di converso, in altri casi può condurre ad atteggiamenti di rassegnazione, depressione, disperazione, persino a sfiducia nel sanitario o a sentimenti di rabbia e rancore. Occorre quindi un «accompagnamento» all'informazione quale aspetto o corollario della complessa relazione medico-paziente.

SCHEDA DI STEFANO CANESTRARI

Gaetano Insolera: [gaetano.insolera@unibo.it](mailto:gaetano.insolera@unibo.it)

Stefano Canestrari: [stefano.canestrari@unibo.it](mailto:stefano.canestrari@unibo.it)

## CORTE PENALE INTERNAZIONALE

### Al Hassan, il “processo” come arma per commettere un crimine di guerra?

Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (d’ora in avanti Al Hassan), militante islamista quarantenne del Mali, arrestato e consegnato alla Corte Penale Internazionale il 31 marzo, in seguito all’emissione del mandato d’arresto il 27 marzo,<sup>1</sup> è comparso lo scorso 4 aprile davanti al Giudice Unico della *Pre-Trial Chamber* della Corte.

Il procedimento nei suoi confronti ha luogo all’interno della situazione del Mali, aperta nel 2012 sulla base di un *self-referral* dello Stato ed avente ad oggetto un conflitto armato non internazionale, ancora in corso nella parte settentrionale del Paese. Esso vede coinvolti diversi attori, fra cui in particolare il Movimento Nazionale di Liberazione dell’Azawad, che rivendica l’indipendenza del popolo Tuareg, sostenuto da diversi gruppi islamisti, fra cui Al-Qaeda e Ansar Dine. All’interno della situazione del Mali, la Corte Penale Internazionale ha sinora aperto un caso nei confronti di Ahmad al-Faqi al-Mahdi, condannato nel 2016 a nove anni di detenzione per crimini di guerra in relazione alla distruzione del patrimonio culturale di Timbuctu<sup>2</sup>.

Al Hassan, membro dell’etnia Tuareg, secondo le prove raccolte dall’accusa faceva parte del gruppo fondamentalista Ansar Dine ed in particolare il suo ruolo era quello di capo di fatto della c.d. Polizia Islamica, la quale, durante l’occupazione di Timbuctu nel 2012, aveva il compito di controllo del territorio, garantendo l’applicazione della *Shari’a* mediante la persecuzione e repressione degli infedeli.

Nella sua richiesta di emissione di un mandato d’arresto,<sup>3</sup> la *Prosecutor* Fatou Bensouda pone in particolare l’accento sui crimini con motivazione di genere. La Polizia Islamica, infatti, mostrava violenza soprattutto nei confronti delle donne

---

<sup>1</sup> Disponibile al seguente link: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_01863.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_01863.PDF).

<sup>2</sup> ICC, Trial Chamber VIII, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, 27.09.2016, disponibile al seguente link: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF).

<sup>3</sup> Disponibile al seguente link: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_01911.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_01911.PDF).



accusate di essere infedeli (anche solo perché sorprese a fumare, ad esempio) con fustigazioni e punizioni corporali pubbliche. Parallelamente, si sono registrati stupri e matrimoni forzati con membri della Polizia.

Nel mandato di arresto si fa riferimento a crimini contro l'umanità commessi fra l'aprile 2012 e il gennaio 2013, nella fattispecie tortura [art. 7(1)(f) dello Statuto della Corte Penale Internazionale (ICC St)], stupro e schiavitù sessuale [art. 7(1)(g) ICC St], persecuzione contro un gruppo o una collettività [art. 7(1)(h) ICC St], altri atti inumani [art. 7(1)(k) ICC St].

Quanto alle imputazioni per crimini di guerra, oltre a quelle relative a tortura [art. 8(2)(c)(i) ICC St], violazioni della dignità personale [art. 8(2)(c)(ii) ICC St], stupro e riduzione in schiavitù [art. 8(2)(e)(vi) ICC St], due tipi di condotte elencate sono di particolare rilievo. Da un lato, viene nuovamente contestata (dopo il primo caso di al-Mahdi) la condotta ex art. 8(2)(e)(iv) ICC St, consistente nel dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati al culto e a monumenti storici; dall'altro, di grande interesse è la prima imputazione ex art. 8(2)(c)(iv) ICC St, che prevede come condotta tipica quella di "emettere sentenze ed eseguirle senza un preventivo giudizio, svolto avanti un tribunale regolarmente costituito che offre tutte le garanzie giudiziarie generalmente riconosciute come indispensabili". Si tratta evidentemente di un crimine che va a sanzionare l'uso del processo penale (o meglio di un simulacro dello stesso) come arma di guerra nei confronti del nemico.<sup>4</sup> A tal riguardo sono molti i casi cui si può pensare, anche in prospettiva storica, considerando ad esempio le esperienze della Germania nazista<sup>5</sup> e della Repubblica Sociale Italiana<sup>6</sup>.

La disposizione non indica quali siano le garanzie minime che debbano essere rispettate per potersi parlare di processo. Gli Elementi dei Crimini fanno riferimento a un'ingiustizia complessiva del caso concreto. È possibile tuttavia un confronto con l'analoga condotta prevista per i conflitti internazionali [art. 8(2)(a)(vi) ICC St], per la quale gli Elementi dei crimini richiamano gli standard previsti dalla III e IV Convenzione di Ginevra.<sup>7</sup> Così come indicato dagli Elementi dei crimini (n. 1, n. 58), il crimine in parola non deroga alle forme generali di partecipazione criminosa previste dello Statuto, pertanto il fatto può essere imputato all'accusato anche se questi non era fra i giudici. Nella fattispecie concreta, Al Hassan, in quanto capo della Polizia, compilava i rapporti che sottoponevano i cittadini al cd. Tribunale Islamico, ne sollecitava gli interventi rigorosi, eseguiva personalmente le sentenze mediante punizioni corporali pubbliche. Tale tribunale si caratterizzava per l'assenza dei diritti fondamentali (non erano previsti avvocati, i giudici

<sup>4</sup> Per una riflessione storico-filosofica sul tema S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi 1994, 1.

<sup>5</sup> Dove il tema è emerso nei cd. Processi successivi o consequenziali di Norimberga, in particolare nel cd. Processo ai giudici (*The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.*).

<sup>6</sup> Cfr. T. ROVATTI, *Leoni vegetariani. La violenza fascista nella RSI*, Bologna, Clueb 2011, p. 141.

<sup>7</sup> Per un resoconto delle varie opinioni al riguardo, cfr. G. WERLE – F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, New York, OUP 2015, p. 452.



erano sommari, vi era un uso della carcerazione come strumento di coercizione, non vi era la facoltà di non rispondere o il principio *nemo tenetur se detegere* e si applicavano pene corporali). Sarà dunque interessante, se tale imputazione verrà confermata, vedere come essa verrà applicata dalla Corte.

In seguito all'arresto di Al Hassan, la *Prosecutor* ha salutato l'evento molto positivamente, affermando come le accuse nei suoi confronti siano rappresentative di quanto subito dalla popolazione del Mali e di come il suo arresto mandi un messaggio forte a tutti coloro che commettono crimini "che scioccano l'umanità". Tale messaggio è coerente con il mandato dell'ufficio del *Prosecutor* della Corte Penale Internazionale conferito dallo stesso Statuto di Roma.<sup>8</sup>

La data provvisoria per l'udienza di conferma dei capi d'imputazione è fissata per il prossimo 24 settembre 2018. All'interno della procedura della Corte, come noto, tale udienza ha lo scopo di verificare che vi siano elementi di prova sufficienti a carico dell'imputato; in caso di conferma, avrà inizio il processo vero e proprio davanti alla *Trial Chamber*.

È nota la situazione attuale di una Corte Penale Internazionale la quale, dopo le utopistiche ambizioni della sua nascita, si è dovuta confrontare non solo con accuse di neocolonialismo, legate al fatto che l'oggetto effettivo dei suoi giudizi si è limitato all'Africa, ma anche con perplessità relative alla lentezza dei processi e alle difficoltà pratiche (non da ultimo economiche) nel gestire quelli esistenti e nell'avviarne di nuovi. L'apertura di nuovi casi dunque, così come un'auspicabile accelerazione dei tempi processuali, non significa pertanto solo maggiore efficienza, né solo, come sottolineato dalla *Prosecutor*, una maggior efficacia preventiva, bensì anche un percorso verso una legittimazione, che la Corte Penale Internazionale ancora fatica ad ottenere pienamente.

PAOLO CAROLI

\* \* \*

### **La deportazione dei *Rohingya* e la possibile giurisdizione della Corte Penale Internazionale**

Il 9 aprile 2018, il Procuratore della Corte Penale Internazionale, Fatou Bensouda, ha formalmente chiesto alla Camera Preliminare di stabilire se la Corte possa esercitare la propria giurisdizione sulle deportazioni dei *Rohingya* dal Myanmar al Bangladesh,<sup>9</sup> atteso che solo quest'ultimo paese è firmatario dello Statuto di

---

<sup>8</sup> La dichiarazione è disponibile al seguente link: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180331-otp-stat-mali>.

<sup>9</sup> ICC, *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, 9 aprile 2018, paras. 1 e 3.

Roma e dunque soggetto alla giurisdizione territoriale della Corte. Tale iniziativa, di evidente rilevanza sul piano giuridico e politico, è stata portata avanti in base al dettato dell'Art. 19(3) dello Statuto di Roma,<sup>10</sup> il quale conferisce al Procuratore il potere di porre questioni in materia di giurisdizione e ammissibilità alla Divisione Preliminare.

Procedendo ad una breve disamina della situazione della popolazione Rohingya, tale minoranza etnica di fede musulmana è da anni perseguitata dalla maggioranza di governo birmana e buddhista, la quale ha altresì privato la comunità islamica della cittadinanza. Tali circostanze hanno subito un'intensa *escalation* il 25 agosto 2017, in occasione di attacchi militari delle forze armate del Governo del Myanmar a danno dei Rohingya, concretizzatisi in uccisioni, sparizioni forzate, torture, violenze sessuali nonché distruzione di villaggi e dei mezzi di sostentamento.<sup>11</sup> A séguito di tali eventi, più di 670.000 Rohingya sono stati deportati dal Myanmar al Bangladesh, determinando una crisi umanitaria.<sup>12</sup> L'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, Zeid Ra'ad al-Hussein, con riferimento alla grave situazione, ha ritenuto che ciò che sta avvenendo a detrimento della popolazione Rohingya costituisce un "esempio da manuale" di pulizia etnica.<sup>13</sup>

Con una richiesta che rimane, per ora, un *unicum* nell'attività della Corte, il Procuratore ha dunque rotto l'inerzia generale che aleggiava intorno alla tanto discussa e difficile situazione Rohingya. Tale richiesta risulta necessaria secondo l'Ufficio della Procura data la complessità della questione giuridica in oggetto, e cioè se sia sufficiente che solo una parte del reato sia consumato sul territorio di uno Stato parte per attribuire giurisdizione territoriale alla Corte. Pertanto, la Camera Preliminare designata, per mezzo di un'udienza *ad hoc* con le parti interessate, sarà chiamata a verificare se la giurisdizione territoriale *ex* Art.12(2)(a) della Corte possa essere esercitata nel caso in cui i soggetti passivi del crimine siano deportati dal territorio di uno Stato non parte dello Statuto – in questo caso, il Myanmar – al territorio, invece, di uno Stato Parte dello stesso – cioè, il Bangladesh.<sup>14</sup>

Nella richiesta, il Procuratore si espone con forza in senso favorevole a tale possibilità. *L'iter* argomentativo ruota attorno ai seguenti punti: da un lato, gli atti di coercizione necessari al fine di integrare la fattispecie del crimine di deportazione di cui all'Art. 7(1)(d) dello Statuto di Roma – qualificabile come crimine contro l'umanità – sono stati perpetrati in Myanmar da cittadini del Myanmar.<sup>15</sup> D'altro lato, però, il crimine di deportazione – il quale, al contrario del trasferimento forzato, ha natura transfrontaliera – ha come elemento essenziale l'attraversamento di

<sup>10</sup> Con "Statuto di Roma" e "Statuto", si intende, da ora in avanti, UN General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court* (come modificato nel 2010), 17 luglio 1998.

<sup>11</sup> ICC, *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, cit., paras. 8 e 9.

<sup>12</sup> *Ibid.*; per quanto riguarda le stime dei deportati, vedi, per esempio, Inter Sector Coordination Group, *Situation Update: Rohingya Refugee Crisis*, Cox's Bazar, 27 gennaio 2018.

<sup>13</sup> Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, *Opening Statement to the 36th session of the Human Rights Council*, 11 settembre 2017.

<sup>14</sup> ICC, *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, cit., para. 4.

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 2.

un confine internazionale e tale transito ha avuto luogo in Bangladesh.<sup>16</sup> Pertanto, il Procuratore ritiene che la Corte possa comunque esercitare la propria giurisdizione territoriale in base all'Art. 12(2)(a) dello Statuto.<sup>17</sup>

Infatti, tale disposizione prevede la possibilità, per la Corte, di esercitare la propria giurisdizione se lo Stato nel cui territorio è stata commessa la condotta in questione è Stato Parte.<sup>18</sup> Ed invero, secondo quanto argomentato dal Procuratore, il requisito della condotta richiede soltanto che almeno uno degli elementi normativi dei crimini sotto la giurisdizione della Corte occorra nel territorio di uno Stato Parte.<sup>19</sup> Tale argomentazione, a detta del Procuratore, sarebbe l'unica interpretazione conforme non solo alle norme statutarie, ma anche ai principi di diritto internazionale afferenti alla giurisdizione penale.<sup>20</sup> D'altronde, nel celeberrimo caso *Lotus*, la Corte Internazionale di Giustizia aveva stabilito che la Turchia potesse esercitare la propria giurisdizione su crimini che, benché commessi in territorio francese, avessero determinato i loro effetti sul territorio turco. In questo modo, nel silenzio dello Statuto di Roma in merito, si abbraccerebbe un principio di territorialità inteso in senso oggettivo, vale a dire che faccia riferimento al luogo in cui il crimine dispiega i propri effetti.<sup>21</sup>

Il fine della richiesta del Procuratore è di ottenere una decisione che possa orientare l'attività dell'Ufficio della Procura. Qualora la decisione fosse di segno negativo, al Procuratore, oberato da numerose *preliminary examination* e anche più indagini in corso, saggiamente eviterà – quantomeno per il momento – di attivare *proprio motu* uno scrutinio preliminare sui crimini presumibilmente commessi con riferimento alla situazione Myanmar/Bangladesh.<sup>22</sup> Al contrario, si riserva la facoltà di agire qualora la decisione apra nella direzione di una giurisdizione della Corte Penale Internazionale sulla situazione in oggetto.

Tuttavia, ora occorre attendere la decisione della Camera Preliminare. Qualunque questa sia, la richiesta del Procuratore conferma la politica coraggiosa – ma, allo stesso tempo, non avventata – di Fatou Bensouda, decisa a lasciare sempre meno margini di impunità ai crimini internazionali commessi in tutto il mondo.

Inoltre, si segnala come un tale approccio propugnato dall'Ufficio del Procuratore rispetto al crimine di deportazione, qualora avvallato dalla Camera Preliminare, potrebbe avere riflessi importanti su altri scenari odierni, quali, ad esempio,

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 28.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*, para. 5.

<sup>21</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda G. CURFMAN, *ICC Jurisdiction and the Rohingya Crisis in Myanmar*, Just Security, [www.justsecurity.org](http://www.justsecurity.org), 9 gennaio 2018, <https://www.justsecurity.org/50793/icc-jurisdiction-rohingya-crisis-myanmar/> (accesso effettuato l'11 aprile 2018).

<sup>22</sup> *Ibid.*, para. 3.

sulle deportazioni operate dal regime siriano in Giordania, Stato Parte dello Statuto di Roma.<sup>23</sup>

Tuttavia, oggetto di discussione è – e non potrebbe essere altrimenti – soltanto il crimine di deportazione. Infatti, altri crimini presumibilmente commessi a danno della popolazione Rohingya sul territorio del Myanmar da cittadini del Myanmar risultano indiscutibilmente fuori da ogni possibile giurisdizione della Corte Penale Internazionale, a meno che non intervenga il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ad attivare la giurisdizione. Dunque, anche qualora la Camera Preliminare investita della questione decidesse in senso favorevole al Procuratore, una futura situazione Myanmar/Bangladesh sarebbe una situazione, necessariamente, estremamente mutilata.<sup>24</sup> Tale circostanza ricorda chiaramente come, nonostante ogni sforzo, la Corte Penale Internazionale continui, per sua natura, ad incontrare limiti invalicabili.

In conclusione, l'iniziativa del Procuratore della Corte Penale Internazionale risulta evidentemente di estrema importanza. Infatti, lo svolgimento della vicenda determinerà rilevanti conseguenze non solo sul futuro lavoro della Corte Penale Internazionale e sul diritto penale internazionale in generale, ma anche, possibilmente, sul piano politico delle relazioni inter-statali. Tuttavia, perché tali effetti si possano esplicare nella loro completezza, è di primaria necessità che vicende come questa non si riducano ad iniziative del Procuratore, ma terminino con un processo che accerti con sentenza definitiva l'eventuale commissione di crimini internazionali.

DILETTA MARCHESI

---

<sup>23</sup> K.J. HELLER, *Implications of the Rohingya Argument for Lybia and Syria (and Jordan)*, Opinio Juris, [www.opiniojuris.org](http://www.opiniojuris.org), 10 aprile 2018, <http://opiniojuris.org/2018/04/10/additional-implications-of-the-otps-rohingya-argument> (accesso effettuato l'11 aprile 2018).

<sup>24</sup> Per una riflessione simile, si veda K.J. HELLER, *Three Cautionary Thoughts on the OTP's Rohingya Request*, Opinio Juris, [www.opiniojuris.org](http://www.opiniojuris.org), 10 aprile 2018, <http://opiniojuris.org/2018/04/09/some-thoughts-on-the-otps-robyingya-request/> (accesso effettuato l'11 aprile 2018).

## CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

### Art. 3, Cedu

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 25 gennaio 2018, Sidiropoulos e Papakostas c. Grecia (ric. n. 33349/10)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180314>*

La sentenza in esame riguarda i maltrattamenti subiti da due cittadini greci nel corso dell'interrogatorio reso presso la stazione di polizia di Aspropyrgos.

I ricorrenti furono arrestati separatamente nella notte tra il 13 e 14 agosto 2002, ciascuno per fatti diversi connessi alla circolazione stradale, e condotti presso la citata stazione di polizia ove durante l'interrogatorio subirono – in varie parti del corpo – l'imposizione di un apparecchio, di colore nero e simile ad un telefono portatile, che imprimeva scosse elettriche tali da causare dolore e sensazione di paralisi.

Tali fatti determinarono una inchiesta disciplinare nei confronti del poliziotto C.E. che si concluse con la sanzione di 100 euro, essendo risultato (solo) che questi era in possesso di un dispositivo (ricetrasmittente) non autorizzato.

Al contempo il poliziotto venne sottoposto a procedimento penale dove i ricorrenti si costituirono parti civili. Il processo di primo grado si concluse nel 2011 (quasi nove anni dopo i fatti) con un condanna detentiva di sei anni. Nel giudizio di secondo grado (terminato nel 2014) la condanna fu confermata ma, in considerazione della personalità e della situazione finanziaria dell'imputato, la pena venne ridotta a cinque anni e convertita in 5 euro per ciascun giorno di detenzione, ovvero 36 rate per un periodo di tre anni.

I ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 3, 6 e 13 Cedu.

Quanto all'art. 3 la Corte rileva che nel caso di maltrattamenti inflitti da funzionari statali le autorità sono tenute a svolgere una indagine approfondita ed efficace, che consenta di identificare ed eventualmente punire i responsabili con una sanzione adeguata, capace di esercitare pure una funzione general-preventiva (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1° giugno 2006, Ricorso n. 2297/05, Gafgen c. Germania; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 marzo 2016, Ricorso n. 5878/08

Armani Da Silva c. Regno Unito, nonché Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 aprile 2015, Ricorso n. 6884/11, Cestaro c. Italia). A tal proposito fattori rilevanti, per determinare se le autorità hanno individuato e perseguito i responsabili, sono la velocità di instaurazione e conclusione della procedura per l'accertamento dei fatti nonché l'esito dell'indagine e del procedimento penale e poi la sanzione applicata.

Nel caso di specie la Corte evidenzia come nel diritto interno i fatti occorsi ai ricorrenti siano puniti con sanzione detentiva di almeno dieci anni (art. 137B del CP) ma il giudice di appello ha prima ridotto detta misura a cinque anni in considerazioni delle attenuanti applicate (artt. 79, 84 e 98 CP) poi convertito la stessa in sanzione pecuniaria di 5 euro al giorno, malgrado nel sistema siano previsti, come misura massima, 100 euro per ciascun giorno di reclusione (art. 82 CP). In sintesi la sanzione imposta al poliziotto è giudicata manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità dei fatti accertati dai giudici interni e come tale inidonea a esplicare una efficacia deterrente (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 gennaio 2012, Ricorso n. 12294/07, Zontul c. Grecia; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 20 febbraio 2007, Ricorso n. 45906/99, Zeynep Ozcan c. Turchia; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 maggio 2001, Ricorso n. 52067/99, Okkali c. Turchia). Ciò anche in considerazione della totale assenza di conseguenze disciplinari, poiché l'inchiesta amministrativa si concluse prima del processo penale in modo diametralmente opposto, consentendo così all'imputato di restare in servizio altri 8 anni dopo i fatti, ovvero fino all'anno 2010 durante il quale C.E. prima di dimettersi ottenne anche una promozione.

La Corte ha inoltre ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 Cedu, per quanto concerne la durata eccessiva del procedimento penale che, dalla costituzione di parte civile, si protrasse per 8 anni in ragioni di innumerevoli rinvii, e la violazione dell'art. 13 per l'assenza nel diritto interno di un rimedio volto a tutelare il diritto alla ragionevole durata del processo (in tal senso anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 3 aprile 2012, Ricorso n. 54447/10, Michelioudakis c. Grecia).

FRANCESCA MARCUCCI

\* \* \*

### Art. 8, Cedu

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione, 8 febbraio 2018, Ben Faiza c. Francia (ric. n. 31446/12)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180657>*

Con la sentenza in esame i giudici di Strasburgo tornano a pronunciarsi sulla legittimità convenzionale dell'attività di geolocalizzazione eseguita tramite siste-

ma G.P.S. Nella specie il ricorrente risultava destinatario di una pluralità di misure di sorveglianza nell'ambito di un'indagine per traffico di stupefacenti, tra cui figuravano l'acquisizione dei tabulati telefonici relativi ad alcuni apparecchi cellulari nonché l'acquisizione della lista delle celle "agganciate" dai predetti dispositivi.

In ordine a tali misure la Corte riscontrava la compatibilità del controllo con il disposto dell'art. 8, verificando la sussistenza di una base legale sufficientemente esplicita all'interno del diritto nazionale, di un fine legittimo a giustificazione della misura e di adeguate garanzie che rendevano la stessa proporzionata rispetto alla limitazione dei diritti sanciti dalla norma convenzionale in rilievo.

Le conclusioni mutavano tuttavia con riguardo all'ulteriore installazione di un dispositivo di *tracking* sull'autovettura del ricorrente che veniva effettuata dalle autorità nazionali in forza dell'art. 81 del codice di rito francese. I giudici di Strasburgo riscontravano dapprima la presenza di un'interferenza dell'autorità pubblica nella vita privata dell'individuo in forza dell'esecuzione di tale attività (per quanto si trattasse di un'ingerenza sensibilmente meno invasiva rispetto alla tipica attività di intercettazione di comunicazioni o conversazioni. La Corte confermava pertanto in relazione a tale aspetto il proprio precedente Corte e.d.u., Quinta Sezione, 2 settembre 2010, Uzun. C. Germania). A fronte di tale interferenza il diritto nazionale non conteneva tuttavia una base giuridica idonea a far ritenere l'attività di sorveglianza come eseguita in conformità alla legge. Il citato art. 81 compiva infatti esclusivamente un generico riferimento alla possibilità di porre in essere ogni atto necessario al raggiungimento della verità.

Il testo della previsione nazionale risultava dunque eccessivamente generico, e pertanto inidoneo a garantire l'astratta prevedibilità di un controllo quale quello concretamente effettuato, come invece prescritto dall'art. 8 della Convenzione e dalla rilevante giurisprudenza della Corte. Un ulteriore elemento dimostrativo della violazione del requisito della riserva di legge veniva altresì rinvenuto nella successiva entrata in vigore della legge n. 372/2014, con la quale il legislatore francese regolava espressamente l'attività di geolocalizzazione, riconoscendo così implicitamente l'assenza di una disposizione atta a fondare l'esecuzione della misura al momento della sua effettuazione a carico del ricorrente.

Non poteva infine neppure portare a diverse conclusioni l'apposito pronunciamento reso al riguardo dalla Corte di cassazione francese, la quale aveva peraltro escluso profili di contrasto dell'attività di geolocalizzazione in rilievo rispetto all'art. 8 della Convenzione e.d.u. proprio nell'ambito del procedimento nazionale che ha poi dato esito alla pronuncia che si commenta. Tale arresto giurisprudenziale costituiva infatti la prima occasione in cui i giudici transalpini si erano occupati della specifica questione, non potendo pertanto emendare all'originario difetto di specificità della legislazione positiva.



\* \* \*

**Artt. 3 e 6, Cedu****Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quarta Sezione, 3 gennaio 2018, D.M.D. v. ROMANIA (ric. n. 23022/13)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177226>*

Il diritto interno deve garantire l'effettiva tutela dei minori contro atti di violenza domestica: questo emerge dall'analisi del caso D.M.D. v. Romania, avente ad oggetto il procedimento interno relativo alle accuse di un minore nei confronti del padre per maltrattamenti domestici. Il procedimento nella sua integralità è durato più di otto anni (dal febbraio 2004, quando il minore molestato aveva tre anni, all'aprile 2012) e si è concluso con la condanna del padre per aver abusato fisicamente e psicologicamente del minore suo figlio. Nello specifico il fatto contestato comprendeva l'averlo percosso, l'averlo lasciato a lungo in una stanza buia ed avergli tirato acqua fredda addosso mentre dormiva.

Il procedimento interno si è articolato in un'indagine della durata di ben tre anni e sei mesi, nell'ambito della quale la persona offesa, per il tramite della madre, aveva dovuto sporgere ben 5 denunce, fino all'imputazione formale del padre, nel dicembre 2007.

Il procedimento di primo grado si è tuttavia concluso, già nel giugno del 2008, con l'assoluzione dell'imputato per aver questi tenuto solo occasionalmente un comportamento inappropriato, deficitando il criterio dell'assiduità per poter presumere il fatto all'interno di fattispecie penali.

Siffatta sentenza è stata poi ribaltata nei successivi gradi di giudizio, e l'imputato è stato condannato in base al fatto che le azioni perpetrate dall'imputato non potevano essere considerate come quegli sporadici ed isolati atti traumatici a fini educativi che i genitori hanno facoltà imporre i figli, ma avevano assunto forma molto più aggressiva, tanto da cagionare problemi nella relazione di affinità ed attaccamento parentale.

La pena inizialmente inflitta di 4 anni di reclusione, sospesa, è stata ridotta infine ad un anno anche in considerazione della eccessiva e pregiudizievole lunghezza del procedimento. Nessun risarcimento è stato garantito alla vittima, il figlio minore.

Quest'ultimo, ricorrente, si è lagnato nel ricorso alla Corte EDU della generale inefficacia del procedimento interno stesso, così come del fatto di non aver ricevuto alcun risarcimento per i danni subiti. Ciò è avvenuto, in ambito interno, in quanto né la persona offesa né la pubblica accusa avevano mai avanzato tale istanza risarcitoria sino al termine del procedimento mentre, al contrario, essa avrebbe dovuto essere avanzata, secondo la pronuncia domestica finale che appunto nega il risarcimento, già nel giudizio di primo grado.

Ad esito del giudizio la quarta sezione della Corte ha stabilito, all'unanimità, la violazione dell'art. 3 della Convenzione (divieto di trattamenti inumani o degradanti) a cagione della eccessiva durata e della scarsa efficacia delle indagini

sull'accusa di maltrattamenti avanzata dal minore, nonché, a maggioranza di 4 voti a 3, dell'art. 6 (diritto all'equo processo) in quanto le corti interne non hanno esaminato il diritto del ricorrente al risarcimento del danno subito sulla base della originaria mancanza di domanda in tal senso, nonostante che il diritto interno preveda espressamente che la vittima minorenne ha sempre il diritto a che il suo interesse al risarcimento venga valutato e se del caso garantito anche in mancanza di esplicita richiesta.

La Corte ha statuito – per la prima volta espressamente – l'obbligo di ogni stato membro di adoperarsi affinché la protezione della dignità dell'infanzia venga garantita mediante un quadro legislativo efficace nella protezione dei minori da ogni fatto che possa integrare violenza domestica.

La corte ha ricordato che gli Stati Membri devono adoperarsi per proteggere la dignità dei minori in maniera espressa ed onnicomprensiva, e quindi la cornice legale interna deve garantire la protezione degli stessi contro gli atti di violenza domestica, ivi includendo la predisposizione di strumenti di effettiva deterrenza contro quelle che vengono espressamente definite violazioni maggiori dell'integrità personale.

Nel caso specifico è stata presa in considerazione il fatto che ben cinque denunce siano state necessarie al minore affinché l'autorità giudiziaria iniziasse indagini di una qualche serietà nei confronti del padre, nei confronti del quale è stata elevata imputazione penale solo dopo 3 anni e mezzo.

Anche altre aporie del procedimento interno vengono esaminate e stigmatizzate; nello specifico il fatto che l'eccessiva durata del procedimento sia stata presa in considerazione, ad esito dello stesso, solo in termini favorevoli all'imputato (che ne ha beneficiato quanto a riduzione di pena) e non in favore della persona offesa, che del pari ne aveva subito pregiudizievoli conseguenze.

Per queste, al contrario nessuna forma di ristoro è stata ipotizzata.

Sembra però interessante sottolineare come la Corte abbia ritenuto erroneo l'approccio interpretativo della giurisprudenza interna al Paese laddove, nel valutare la sussistenza di eventuali maltrattamenti domestici, ha statuito che atti di violenza sporadici ed isolati avrebbero potuto essere considerati tollerabili in ambito familiare.

Siffatta interpretazione è ad avviso della Corte erronea sia in relazione alla stretta interpretazione del diritto interno che di quello convenzionale, in quanto entrambe le fonti normative proibiscono qualsiasi tipo di maltrattamento, ivi includendo le punizioni corporali in ambito familiare.

Fermo restando il diritto di educare i figli o comunque i minori soggetti alla potestà, il punto centrale è che la punizione corporale mina, ad avviso della Corte, il rispetto per la dignità del minore. La Corte ha quindi concluso che, stante la durata del procedimento ed il fatto che la persona offesa non abbia ottenuto alcuna soddisfazione nemmeno di natura economica ad esito dello stesso, le indagini sulle denunce di maltrattamenti siano state in concreto del tutto inefficaci.

Detta inefficacia viola, da ultimo, il divieto di trattamenti degradanti la cui sussistenza che viene positivamente riscontrata nel caso di specie.

Quanto all'ulteriore ritenuta violazione del diritto ad un equo procedimento, la Corte ha stigmatizzato la mancata concessione di alcun risarcimento alla vittima nonostante la normativa interna espressamente prevedesse che ciò, stante la sua minore età, avrebbe dovuto rappresentare una delle priorità del procedimento stesso.

Quindi anche il diniego di risarcimento, se dovuto, rappresenta una violazione del diritto all'equo procedimento.

SIMONE TROMBETTI

\* \* \*

### Artt. 3 e 8, Cedu

**Corte Europea dei Diritti dell'uomo, Prima Sezione, 1 febbraio 2018, V.C. v. Italia (ric. 54227/14)**

*<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182135>*

Il caso trae origine dal ricorso, presentato dalla diciassettenne V.C., fondato sull'affermata violazione, da parte dell'Italia, degli artt. 3 ed 8 Cedu; più nel dettaglio, la minore accusa lo Stato di non aver adottato le misure di protezione necessarie per tutelarla in un periodo in cui era particolarmente vulnerabile, posto che a quindici anni conduceva uno stile di vita irregolare, caratterizzato dall'uso di alcool e droghe, ed era affetta da diagnosticati disturbi della personalità.

La Corte, nell'accogliere le doglianze della ricorrente, chiarisce in via preliminare che la violenza sessuale di gruppo ed il coinvolgimento in una rete di prostituzione, subite dalla giovane nel periodo considerato dal ricorso, rientrano indubbiamente nell'ambito di applicazione degli articoli dalla stessa invocati. Si tratta infatti di eventi connotati da una gravità tale da poter configurare sia un'ipotesi di tortura o trattamento disumano e degradante sia un'ingerenza rispetto all'integrità fisica della ricorrente.

Ciò premesso, la Corte si chiede se le lacune e le inerzie delle autorità siano state tali da integrare la violazione degli obblighi positivi di cui agli artt. 3-8 Cedu.

La risposta affermativa fornita a tale quesito origina da due constatazioni. Da un lato, che le istituzioni coinvolte, ed in particolare, il Tribunale per i Minorenni ed i Servizi Sociali, erano, o dovevano essere, consapevoli al tempo dei fatti della vulnerabilità della minore e dei concreti rischi a cui essa era esposta. Si consideri in proposito che i genitori misero al corrente la Procura della condotta anomala della figlia, che rubava in casa e si drogava, e della diagnosi dello psichiatra, a maggio-giugno 2013, e che a tale primo contatto ne seguirono altri. Le informazioni sud-

dette vennero inoltre trasmesse anche al Tribunale per i Minorenni ed ai Servizi Sociali, rispettivamente nel luglio 2013 e nel dicembre 2013. In aggiunta, la Corte evidenzia come, nonostante le autorità disponessero da tempo delle informazioni necessarie e nonostante la Procura avesse attivato un procedimento in via d'urgenza ex art. 25 RD 1404/1934, solo nell'aprile 2014 la ragazza venne ricoverata in un'apposita struttura, dalla quale uscì con un rinnovato equilibrio. Tale ritardo fu dovuto al fatto che il Tribunale impiegò quattro mesi per decidere ed i Servizi Sociali altri quattro mesi per dare esecuzione a tale decisione.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte Edu censura dunque la condotta delle autorità nazionali per aver lasciato la minore priva di protezione per diversi mesi ed ingiustificatamente; gli episodi di violenza sopradescritti si sono verificati non a caso proprio tra fine dicembre 2013 ed inizio gennaio 2014.

In base a quanto descritto, "La Corte constata che, contrariamente ai giudici penali che hanno agito rapidamente, in realtà le autorità competenti (Tribunale per i Minorenni e Servizi Sociali) non hanno adottato alcuna misura di protezione in tempi brevi sebbene sapessero che la ricorrente era vulnerabile, che era ancora pendente un procedimento, che la riguardava, per sfruttamento sessuale, e che era in corso un'inchiesta per violenza sessuale di gruppo. In questo modo, le autorità non hanno proceduto ad una valutazione dei rischi che correva la ricorrente"; "In queste circostanze, secondo la Corte non si può considerare che le autorità abbiano dato prova della diligenza richiesta. Pertanto, essa ritiene che le stesse non abbiano adottato, in tempo utile, tutte le misure ragionevoli per impedire gli abusi di cui la ricorrente è stata vittima" (111-112).

Sotto il profilo strettamente giuridico la decisione è in linea con la precedente giurisprudenza della Corte Edu, espressamente richiamata dalla sentenza in esame, secondo cui l'art. 3 impone agli Stati, qualora consapevoli dell'esistenza di rischi reali per gli individui, di adottare effettive misure idonee ad impedire che questi ultimi siano sottoposti a maltrattamenti, anche se commessi da privati, soprattutto nel caso in cui siano coinvolti soggetti particolarmente vulnerabili, come i minori. In aggiunta, la Corte ricorda che l'art. 3 può ritenersi rispettato se i meccanismi di protezione previsti dai singoli ordinamenti nazionali, tra cui il dovere di mettere in atto un quadro giuridico di protezione adatto, l'obbligo di garantire un'inchiesta effettiva e l'applicazione effettiva delle leggi, operano con celerità.

Sotto il profilo delle circostanze concrete si registra invece un dato peculiare che caratterizza il caso in esame. Si tratta del fatto che fu la stessa minore ricorrente, inizialmente ed in più occasioni, a rifiutare di essere collocata in un istituto, accettando tale soluzione solo tre mesi prima del suo effettivo ricovero.

Nonostante la Corte non assegni particolare rilevanza a tale stato di cose, limitandosi ad affermare, in linea di principio, che l'assenza di consenso non dispensa lo Stato dall'adottare rapidamente misure di protezione, lo stesso dato non è stato sottovalutato dal giudice Wojtyczek.

Nella sua opinione concordante, infatti, quest'ultimo non ha mancato di evidenziare come la ricorrente abbia denunciato lo Stato per non averla protetta non

solo dalle aggressioni di terzi, ma anche dal pericolo a cui essa stessa si stava esponendo, e, in aggiunta, come sia molto difficile, se non impossibile, trattare la dipendenza da droghe senza la collaborazione del diretto interessato. In sostanza il giudice, pur non censurando la decisione descritta, non manca di sottolineare che “Le autorità italiane si sono trovate ad affrontare una situazione particolarmente difficile” e che “Il ricorso equivale a contestare alle autorità italiane di non aver agito contro la volontà della ricorrente in quanto minorenni e di non aver limitato la libertà personale dell’interessata”.

FRANCESCA CONSORTE

\* \* \*

### Art. 11, Cedu

#### **Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Seconda Sezione, 27 febbraio 2018, Agit Demir c. Turchia (ric. n. 36475/10)**

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181366>

I giudici di Strasburgo si pronunciano sul rispetto delle garanzie in tema di libertà di riunione e lo fanno passando per il vaglio in ordine alla legittimità dello stato detentivo dell’individuo. Il criterio di giudizio utilizzato per accertare la sussistenza della violazione non costituisce certo un *novum* nella giurisprudenza della Corte; la vicenda fattuale merita comunque l’attenzione dell’interprete se non altro per l’età anagrafica del prevenuto.

Un cittadino turco, all’epoca dei fatti minorenni (addirittura tredicenne...), viene arrestato ed attinto dalla misura cautelare inframuraria per aver preso parte ad una manifestazione indipendentista organizzata come forma di protesta contro la detenzione del dissidente curdo Abdullah Ocalan, noto *leader* del Partito dei Lavoratori del Kurdistan (PKK), e per aver nell’occasione scagliato una raffica di pietre all’indirizzo delle forze di polizia. Per tali fatti, che gli valgono gli addebiti di propaganda per conto di organizzazione terroristica e partecipazione a manifestazione violenta, viene condannato alla pena sospesa di un anno e quindici giorni di reclusione, non prima di aver scontato, per l’appunto, quasi quattro mesi di custodia cautelare in carcere.

Il giovanissimo oppositore porta il caso a Strasburgo lamentando, in particolare, l’eccessiva durata della custodia preventiva e l’assenza di rimedi giurisdizionali interni atti a far valere la predetta violazione, in contrasto con l’art. 5 commi 1, lett. c), e 3, in combinato disposto con l’art. 13, invocando altresì l’applicazione dell’art. 10, che proibisce ogni forma di repressione della libertà di espressione.

La Corte dichiara preliminarmente infondata la doglianza relativa all’art. 13, posto che ogni censura riguardante l’eccessiva durata della detenzione cautela-

re avrebbe dovuto formare oggetto di riesame, rimedio effettivamente esistente sul piano interno ma nella specie non esperito. Ciò posto, il Collegio riconosce la diretta violazione del diritto alla libertà di cui all'art. 5 commi 1, lett. c), e 3, sul presupposto che la base legale domestica – in assenza di una norma generale che stabilisse la non imputabilità del minore infraquattordicenne – autorizzava il Giudice a disporre la custodia carceraria nei confronti di una persona non ancora maggiorenne soltanto in via residuale, laddove ogni altra misura fosse in concreto risultata inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto, ovvero in ipotesi di inosservanza della misura meno afflittiva originariamente disposta.

Nel caso di specie, le autorità domestiche avevano invece applicato direttamente la cautela più rigorosa, benché il diritto interno contemplasse anche misure più blande e dotate di minor incidenza sulla libertà personale. Di qui la riconosciuta violazione dell'art. 5, che apre la strada alla contestuale declaratoria d'inosservanza dell'art. 11, parametro sotto il quale viene riqualificata la dedotta interferenza con la libertà d'espressione.

Rileva invero la Corte che la perdurante sottoposizione *in vinculis* dell'arrestato, oltre ad aver comportato un più ampio effetto detrimento sulla personalità di un ragazzino di appena tredici anni, ha oltrepassato nella specie i limiti di proporzionalità e adeguatezza che avrebbero dovuto ispirare la scelta della misura, atteso che l'imputazione mossa al ricorrente, consistita nell'aver sventolato un ritratto di Ocalan, non poteva essere in alcun modo considerata una forma di istigazione all'uso della violenza, tanto più che non era stato registrato l'utilizzo di espressioni di odio. L'ordinanza cautelare, per opinione della Corte, non ha in particolare adeguatamente considerato la prematura età del prevenuto né denotato alcuno specifico impegno motivazionale in punto di gradualità della misura.

Sprovvisto di significativo rilievo si dimostra, in una contraria ottica, il dato relativo alla non esecutività della condanna, sospensivamente condizionata all'assenza di reiterazione di reati della stessa indole nei successivi tre anni. Ed invero, proprio la prospettiva di incorrere in una recidiva specifica, con le relative conseguenze processuali, si è tradotta per il ricorrente in un freno inibitorio a prendere parte ad ulteriori manifestazioni cui pure avrebbe avuto il pieno diritto di partecipare.

Di qui l'indebita interferenza con l'esercizio della libertà riconosciuta dall'art. 11 Cedu.



## CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

**Corte cost., sent. n. 35 del 2018 (ud. 6 dicembre 2017, dep. 21 febbraio 2018),  
Pres. P. Grossi, Red. F. Modugno**

*<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/02/28/T-180035/s1>*

Con la sentenza in epigrafe<sup>1</sup> la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000, nel testo previgente rispetto alle modifiche operate dal d.lgs. n. 158/2015<sup>2</sup>, sollevata per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui, con riferimento al delitto di indebita compensazione, “indica il limite di punibilità in 50.000 euro anziché in 150.000 euro”.

Il Tribunale ordinario di Busto Arsizio è chiamato a giudicare un imputato per la violazione di cui all'art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000, per avere omesso di versare somme dovute a titolo di imposte sui redditi per l'annualità 2009, nella misura di euro 125.214 euro, utilizzando in compensazione, *ex art.* 17, d.lgs. n. 241/1997, crediti per imposta sul valore aggiunto in realtà inesistenti.

---

<sup>1</sup> Sulla quale v. i commenti di A. TERMINE, *Infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla soglia di punibilità di 50.000 euro del delitto di indebita compensazione ex art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000*, all'URL <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5971-infondata-la-questione-di-legittimita-costituzionale-relativa-alla-soglia-di-punibilita-di-50000-eu>, 12 aprile 2018; R. LUCEV, *Il delitto di indebita compensazione ex art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000 sotto la lente della Corte costituzionale*, all'URL <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/04/02/delitto-indebita-compensazione-ex-art-10-quater-d-lgs-74-2000-la-lente-della-corte-costituzionale/>, 2 aprile 2018.

<sup>2</sup> La formulazione originaria dell'art. 10-*quater*, all'interno di una fattispecie unitaria, sanzionava tanto l'indebita compensazione tramite l'utilizzazione di “crediti non spettanti”, quanto mediante l'utilizzazione di “crediti inesistenti”, richiamando l'art. 10-*bis* per determinare la soglia di punibilità di 50.000 euro per periodo d'imposta e il trattamento sanzionatorio (reclusione da sei mesi a due anni). A seguito della novella del 2015, si è ora in presenza di due fattispecie distinte, contemplate ai cc. 1 e 2, accomunate però quanto a soglia di punibilità. Il comma 1 contempla l'utilizzazione in compensazione di crediti “non spettanti”, assoggettandola alla stessa sanzione già precedentemente comminata; il comma 2 tipizza l'ipotesi dell'utilizzazione di “crediti inesistenti”, sanzionandola con ben maggiore severità (reclusione da un anno e sei mesi a sei anni), stante il più marcato disvalore della condotta incriminata.

Il giudice rimettente ritiene, conformemente al principio di cui all'art. 2, c. 4, c.p., di applicare alla fattispecie la disciplina anteriore alla modifica apportata dal d.lgs. n. 158/2015, che per il reato in questione, pur prevedendo la stessa soglia di punibilità di 50.000 euro, nondimeno comminava una sanzione più tenue.

Occorre precisare inoltre che la soglia di punibilità per il delitto di dichiarazione infedele di cui all'art. 4, d.lgs. n. 74/2000 – selezionato quale *tertium comparationis* – è stata modificata dall'intervento di riforma del 2015, ed in particolare innalzata a 150.000 euro. Essendo più favorevole al reo, tale disciplina si applica anche ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore.

Il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale dell'art. 10-*quater* nella sua versione originaria, nella misura in cui tale fattispecie, indicando una soglia di punibilità inferiore (50.000 euro) rispetto a quella prevista per il reato di infedele dichiarazione (150.000 euro), darebbe luogo ad una irragionevole sperequazione di trattamento tra ipotesi delittuose caratterizzate da medesimo disvalore.

Di qui il *vulnus* al principio di eguaglianza logico-formale dell'art. 3 Cost. Mentre l'autore del delitto di dichiarazione infedele per un importo tra 50.000 e 150.000 euro sarebbe assolto in forza dell'applicazione del regime punitivo introdotto nel 2015, il contribuente la cui condotta integrasse gli estremi dell'indebita compensazione tramite l'utilizzazione di crediti inesistenti sarebbe punibile.

Sarebbe inoltre priva di ogni fondamento logico, e dunque manifestamente arbitraria – ad avviso del giudice *a quo* – la scelta del legislatore di contemplare una soglia di punibilità più elevata per l'illecito di cui all'art. 4, d.lgs. n. 74/2000, pur considerando tale ipotesi delittuosa più grave dell'indebita compensazione, come attestato dalla maggiore severità della comminatoria editale.

Infine, l'argomentazione dell'ordinanza cerca di trovare supporto nel precedente della Consulta, specificamente nella sentenza n. 80/2014, che aveva censurato l'art. 10-*ter*, d.lgs. 74/2000, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui prevedeva, con riferimento ai fatti commessi fino al 17 settembre 2011, una soglia di punibilità più bassa (50.000 euro) rispetto a quella stabilita per i delitti previsti e puniti dagli artt. 4 e 5, d.lgs. n.74/2000, prima che essa fosse ridotta ad opera del d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni in l.n. 148/2011. La Corte, giudicata effettivamente irragionevole l'incongruenza, elevava la soglia di punibilità per l'art. 10-*ter* a quella più alta tra le soglie prese a raffronto<sup>3</sup>.

La Corte giudica infondata la questione sollevata.

Anzitutto – si sostiene – il richiamo alla sentenza n. 80/2014 non è del tutto conferente: l'iter logico argomentativo posto a fondamento di quella pronuncia non può essere riprodotto nel caso oggetto di giudizio, poiché il delitto di indebita compensazione presenta un tratto che lo differenzia significativamente dalle

---

<sup>3</sup> Nello specifico l'intervento della Corte aveva innalzato la soglia di punibilità per il reato di cui all'art. 10-*ter*, d.lgs. n. 74/2000 a quella prevista per il reato di dichiarazione infedele *ex art.* 4, medesimo decreto, di euro 103.291,38, nella formulazione previgente rispetto alla novella del d.lgs. 158/2015, limitatamente ai fatti commessi fino al settembre 2011.

ipotesi di omesso versamento delle imposte di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter*. Tali illeciti sono infatti privi del connotato dell'insidiosità – proprio invece dell'indebita compensazione – nella quale, oltre all'omesso versamento del dovuto, si associa l'ulteriore condotta di redazione di un documento ideologicamente falso, tramite l'abusivo utilizzo dell'istituto della compensazione tributaria previsto dall'art. 17, d.lgs. n. 241/1997, aumentandone il disvalore.

Attraverso la compensazione si consente al contribuente, con la compilazione del cd. Modello F24, il versamento unitario “delle imposte, dei contributi dovuti all'INPS e della altre somme a favore dello Stato, delle regioni e degli enti previdenziali”, e contestualmente di compensare le somme a debito con quelle a credito riferite alle imposte summenzionate.

Tale meccanismo, all'evidenza, presuppone un alto grado di affidamento nella correttezza dell'operato del soggetto tenuto al pagamento dei tributi.

La condotta definita dall'art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000 è dunque caratterizzata da particolare potenzialità decettiva, giacché l'amministrazione finanziaria è in grado di percepire l'indebita compensazione soltanto se gli organi dell'accertamento verificano l'insussistenza, ovvero la non spettanza, del credito portato in compensazione.

La Consulta ritiene poi destituita di fondamento la prospettazione di fondo del giudice rimettente, secondo cui la differente quantificazione delle soglie di punibilità tra il reato di indebita compensazione e il reato di dichiarazione infedele integrerebbe una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Si argomenta – confermando il costante orientamento della Corte in materia<sup>4</sup> – che le scelte attinenti alla configurazione delle fattispecie criminoso e alla determinazione del trattamento sanzionatorio rientrano in un'area di discrezionalità spettante all'organo di rappresentanza politica, sindacabile soltanto ove esse trasmodino “nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio”. Difetta, inoltre, nel caso di specie, il presupposto imprescindibile per porre proficuamente a raffronto le due ipotesi delittuose sospettate d'irragionevole sperequazione di trattamento, l'omogeneità strutturale<sup>5</sup>.

Si ricostruiscono quindi dettagliatamente i vari profili delle fattispecie, per metterle in luce l'eterogeneità.

Anzitutto, i due reati differiscono nell'oggetto materiale. Se, da un lato, la dichiarazione fraudolenta *ex art.* 4, d.lgs. n. 74/2000 ha ad oggetto le dichiarazioni annuali relative alle imposte dirette o all'IVA; dall'altro, per commettere l'indebita

---

<sup>4</sup> Tale atteggiamento di particolare cautela è stato espresso con continuità: v. ad es., tra le più recenti, C. cost. n. 179/2017; n. 236/2016; n. 148/2016; n. 56/2016; n. 23/2016; n. 81/2014; n. 68/2012; n. 273/2010; n. 47/2010; n. 71/2007; n. 30/2007. Per un quadro d'insieme sugli sviluppi giurisprudenziali in materia sia permesso rinviare a P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole*, in *questa Rivista*, 2017, 1, 176 ss.

<sup>5</sup> Sull'imprescindibile requisito dell'omogeneità tra fattispecie v. in particolare: C. cost. n. 161/2009; n. 41/2009.

compensazione *ex art. 10 quater*, stesso decreto, il contribuente si serve del modello unitario di pagamento (cd. modello F24).

Significative diversità – proseguono i giudici costituzionali – si rinvencono anche sul piano della condotta tipica. Oltre a quanto già rilevato sopra, circa il particolare disvalore della condotta commissiva punita dall'art. 10-*quater*, per l'abusivo utilizzo della compensazione e la redazione di un documento ideologicamente falso, la Corte osserva ulteriori profili di differenza rispetto al delitto di cui all'art. 4, d.lgs. n. 74/2000.

Benché il d.lgs. n. 158/2015 abbia modificato la nozione di “elementi attivi e passivi” *ex art. 1, c. 1, lett. b)*, d.lgs. n. 74/2000, potendo indurre a ritenere che il reato di dichiarazione infedele possa integrarsi anche per una condotta di esposizione di crediti d'imposta inesistenti, rilevante ai sensi dell'art. 10-*quater*, tale interpretazione dev'essere esclusa. La modifica apportata dal d.lgs. n. 158/2015 – precisa la Corte – non potrebbe assumere alcun rilievo nella comparazione tra dichiarazione infedele e indebita compensazione, quest'ultimo delitto nella versione vigente prima dell'intervento del 2015; tale innovazione – secondo comune lettura – ha determinato un ampliamento dell'area del penalmente, e pertanto non può trovare applicazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella del 2015, in ossequio al divieto di retroattività della legge penale sfavorevole.

Infine – conclude la Corte – anche l'ambito applicativo delle due fattispecie poste a confronto non è affatto coincidente. Mentre nella presentazione della dichiarazione annuale relativa alle imposte sui redditi o all'IVA è possibile effettuare unicamente la compensazione cd. verticale (utilizzo di un credito di imposta per pagare un debito della stessa imposta), così non è in sede di versamento unitario, laddove può procedersi a cd. compensazione orizzontale, ossia tra imposte diverse. In base a queste premesse, il prevalente e più rigoroso orientamento della giurisprudenza di legittimità afferma la pacifica applicabilità dell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000, anche qualora siano stati omessi versamenti di somme dovute relative a debiti non tributari, ma contributivi-previdenziali, che si pagano attraverso il cd. modello F24. Un perimetro applicativo non limitato, dunque, all'omissione delle imposte dirette e dell'IVA, come invece avviene per il reato previsto dall'art. 4, d.lgs. n. 74/2000<sup>6</sup>.

In definitiva, la tesi del giudice *a quo* non può essere accolta, giacché la differenziazione dei trattamenti sanzionatori è ampiamente sostenuta dalla disomogeneità delle due fattispecie; si specifica inoltre che la calibratura delle soglie di punibilità è svincolata dalle logiche che presiedono alla dosimetria delle sanzioni penali, come si desume dalla configurazione dell'art. 10-*quater*, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 74/2000, successiva al d.lgs. n. 158/2015: due diverse fattispecie, con comminatorie edittali differenziate, ma accomunate quanto a soglia di punibilità.

---

<sup>6</sup> Così l'interpretazione estensiva prevalente nella giurisprudenza del Supremo collegio: cfr. Cass., sez. III, 21 gennaio 2015 (dep. 4 febbraio 2015), n. 5177; Cass., sez. II, 20 maggio 2009 (dep. 16 settembre 2009), n. 35968, rv. 245586.

Il disvalore dei due delitti si rivela non assimilabile: è stato proprio il legislatore nel 2015 a modificare il regime previgente, prevedendo una sanzione molto più severa per il reato di indebita compensazione utilizzando crediti inesistenti (da un anno e sei mesi a sei anni di reclusione) rispetto a quella comminata per la dichiarazione infedele (da un anno a tre anni di reclusione).

Conclusivamente, è opportuno rimarcare due profili.

Anzitutto, il percorso motivazionale della sentenza commentata non si discosta dal consolidato orientamento, particolarmente cauto, del Giudice delle leggi, teso a scongiurare possibili invasioni dell'ampia area della discrezionalità legislativa nella formulazione dei trattamenti sanzionatori (art. 28, l. n. 87/1953).

La decisione presta tuttavia il fianco ad alcune critiche, nella misura in cui avalla l'orientamento estensivo, prevalente nella giurisprudenza di legittimità, giusto il quale la fattispecie delittuosa di cui all'art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000 si applica non soltanto alla compensazione relativa alle imposte sui redditi e sul valore aggiunto – come dovrebbe ritenersi in base alla rubrica del d.lgs. n. 74/2000: “*Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*” – ma a tutti i “*tributi compensabili ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241*”.

Trattasi – come si è puntualmente osservato<sup>7</sup> – di interpretazione incompatibile con la fondamentale regola ermeneutica fissata dall'art. 12 disp. prel. c.c. e in forte frizione con il principio di stretta legalità.

PIETRO INSOLERA

\* \* \*

**Corte cost., sent. n. 41 del 2018 (ud. 6 febbraio 2018, dep. 2 marzo 2018), Pres. e Red. G. Lattanzi**

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/03/07/T-180041/s1>

Nel giudizio in oggetto, all'attenzione della Corte costituzionale è stata rimessa una questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., del co. 5, art. 656, c.p.p. (*Esecuzione delle pene detentive*), nella parte in cui non prevede che l'ordine di sospensione dell'esecuzione debba essere emesso anche nei casi di pena non superiore a quattro anni di detenzione.

Come ben noto, si tratta di una controversia che ha trovato origine nell'entrata in vigore del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modd. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*), il cui art. 3, co. 1, lett. c), ha

<sup>7</sup> Cfr. *amplius* i condivisibili rilievi critici mossi da R. LUCEV, *Il delitto di indebita compensazione*, cit.

introdotto, mediante il co. 3-*bis* dell'art. 47, l. 26 luglio 1975, n. 354 (*Affidamento in prova al servizio sociale*), il c.d. affidamento allargato.

In via preliminare, va sottolineato che la Corte ha ritenuto adeguato e convincente l'assunto del Giudice rimettente, secondo cui la lettera della disposizione sotto scrutinio non permetterebbe alcuna interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, in ragione dell'inequivoco riferimento al limite di tre anni previsto ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva. In giurisprudenza, a una tale interpretazione era invece giunta la Corte di Cassazione, almeno nella sentenza n. 908 del 2016 (Prima Sezione Penale, ud. 4 marzo 2016, dep. 12 settembre 2016, Pres. M. Vecchio, Rel. L. F. Mancuso, inedita), avvalendosi del criterio sistematico e di quello evolutivo, pur in mancanza del dato formale di un'esplicita modifica della disposizione di rito. In dottrina, nondimeno, a una isolata posizione favorevole all'interpretazione letterale (Presutti, 2015), nel senso di una precisa scelta legislativa al fine di compensare con il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione l'ampliamento dell'ambito di operatività dell'affidamento in prova, si contrapponeva in via prevalente un orientamento critico nei confronti del recente legislatore (Della Bella, 2014; Filippi, 2014; Fiorentin, 2014; Della Casa, 2015), in relazione all'incoerente neutralizzazione, in ampia misura, dell'intento positivo di deflazione carceraria, per il cui perseguimento aveva allargato i confini dell'affidamento ordinario, mentre l'affine disallineamento, che esisteva rispetto alla detenzione domiciliare dalla modifica del 2005, era stato corretto dal legislatore nel 2013.

Nel percorso argomentativo, con cui si riconosce la fondatezza della questione di legittimità in esame, la Corte ha rilevato che, in considerazione della genesi e dello sviluppo dell'istituto procedurale in questione, è essenziale all'imprescindibile coerenza interna al sistema il parallelismo tra il limite di pena per la sospensione dell'ordine di esecuzione e quello corrispondente ai fini dell'accesso alla misura alternativa alla detenzione. La Consulta ha tenuto a sottolineare che la sospensione dell'ordine di esecuzione, nella disciplina vigente, è conseguita alla sentenza costituzionale n. 569 del 1989, con cui si estese a chi si trovava in stato di libertà la possibilità di accedere all'affidamento in prova, riservato in precedenza alla sola popolazione carceraria. In tal modo il legislatore si sarebbe avveduto dell'incongruità di disporre temporaneamente la carcerazione di chi avrebbe poi potuto godere di una misura specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere e avrebbe provveduto a perseguire nel massimo grado l'obiettivo di risparmiare il carcere al condannato, introducendo nella disposizione di rito in questione, con la l. 27 maggio 1998, n. 165 (*Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*), l'automatica sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, entro un limite pari a quello previsto per fruire della misura alternativa.

D'altro canto, la Corte ha mostrato particolare scrupolo nel procedere altresì alla ricognizione di un'eventuale non irragionevole giustificazione per l'attuale incongruità del disegno legislativo, a fondamento dell'allontanamento dal paralleli-



simo sopra richiamato. La natura servente dell'istituto esecutivo lo espone alla possibile incoerenza normativa laddove venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione alla possibilità di sottoporsi a un percorso risocializzante senza passare per un trattamento carcerario. In questa direzione, la rottura del parallelismo in considerazione viene ritenuta di particolare gravità, perché è proprio il modo in cui la legge ha configurato l'allargamento dell'affidamento in prova che invoca la corrispondente previsione della sospensione dell'ordine di esecuzione, presentandosi la nuova versione dell'affidamento non come una forma alternativa alla detenzione riservata esclusivamente ai soli detenuti, ma destinata espressamente anche ai condannati in stato di libertà. Con tale scelta, il legislatore ha smentito sé stesso, introducendo nella disciplina processuale un'incongruenza sistematica che riduce una grande parte dello spazio applicativo della normativa principale.

Per altro verso, la Corte ha considerato pure il contenuto direttivo, sino ad ora non esercitato, della delega legislativa di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), in particolare all'art. 85, lett. c), che riguarda la revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato, in ogni caso, a quattro anni.

Con questi argomenti, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 656, co. 5, c.p.p., nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore ai tre anni, anziché a quattro anni, per violazione dell'art. 3 Cost., con assorbimento della questione di legittimità costituzionale basata sull'art. 27, co. 3, Cost.

DAVIDE BERTACCINI

\* \* \*

**Corte cost., sent. n. 53 del 2018 (ud. 7 febbraio 2018, dep. 8 marzo 2018),  
Pres. G. Lattanzi, Red. F. Modugno**

*<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/03/14/T-180053/s1>*

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale si occupa della denunciata frizione fra la disciplina (comprensiva pure della prassi giudiziaria) del reato permanente, il principio del *ne bis in idem* e l'operatività dell'art. 671 c.p.p. Nel dettaglio, alla Corte è stato posto il quesito della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 671 c.p.p., «*nella parte in cui non prevede, in caso di pluralità di condanne intervenute per il medesimo reato permanente in relazione a distinte frazioni della condotta, il potere [del giudice dell'esecuzione] di rideterminare una pena unica, in applicazione degli artt. 132 e 133 c.p., che tenga*

*conto dell'intero fatto storico accertato nelle plurime sentenze irrevocabili».* Le lesioni si sostanzierebbero nella condizione deteriore nella quale si troverebbe chi sia stato condannato più volte per il medesimo reato permanente rispetto a chi sia stato giudicato in maniera unitaria, stante l'asserita inapplicabilità dell'art. 671 c.p.p. in sede esecutiva.

La Consulta, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, dapprima chiarisce la natura dei rapporti tra la figura del reato permanente, il divieto del doppio giudizio e l'asserita impossibilità di applicare, in sede esecutiva, il cumulo giuridico delle pene. Tale *excursus* si è reso necessario vista anche la complessità della questione sottoposta all'attenzione dei giudici. Così, innanzitutto, in termini che si sono poi mostrati chiarificatori per l'intera questione, la Corte rammenta come la frammentarietà dell'azione penale, in riferimento ai reati permanenti, si mostri molte volte necessaria, potendosi così definire "fisiologica", come pure molte volte ha avuto modo di precisare costante giurisprudenza. Su tutto, si pensi alla possibilità di promuovere l'azione penale nonostante la permanenza in corso, considerato che il reato si perfeziona al ricorrere di tutti gli elementi tipici della fattispecie. Al persistere dell'azione illecita si presta il fianco, quindi, ad ulteriori processi penali, altrimenti dovendosi giustificare un'insostenibile impunità. È ciò che accade, ad esempio, nei reati di tipo associativo.

Così, venendo al pur complesso rapporto col *ne bis in idem*, e riportandosi alla prassi giudiziaria sul punto, i giudici identificano come "*diversi*" i fatti di reato successivi a quelli indicati nell'imputazione o eventualmente accertati in via definitiva, con ciò non soddisfacendo il requisito dell'*idem factum* necessario ai fini del divieto del doppio giudizio, come pure di recente affermato dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 200/2016.

Con riguardo, invece, alla carenza di tutela derivante dalla sostenuta inoperatività dell'art. 671 c.p.p. ai casi di reato permanente, occorre dapprima delineare con precisione il perimetro entro il quale è stata chiamata a muoversi la Consulta. Punto di partenza è la c.d. interruzione giudiziale della permanenza, che rompe l'unità del reato permanente e fa sì che eventuali altre condotte successive integrino un reato autonomo e distinto. Ebbene, nel caso di specie, tuttavia, questo fenomeno rilevarebbe sotto un punto di vista particolarissimo. Non si tratterebbe del comune caso di interruzione della permanenza a causa della pronuncia della sentenza di primo grado: nel caso di specie la prima sentenza è posteriore all'ultima condotta giudicata. Ecco il quesito che anima il giudice rimettente, la permanenza non parrebbe spezzata.

Ebbene, bisogna tuttavia considerare come risulterebbe del tutto contraddittorio ritenere operativo tale fenomeno dell'interruzione in relazione al principio del *ne bis in idem*, onde evitarne la violazione, e non anche ai fini del riconoscimento della continuazione in sede esecutiva. Non solo, per ultimo la Consulta rammenta come, in verità, costante giurisprudenza di cassazione ritenga applicabile l'art. 671 c.p.p. anche ai reati permanenti coinvolti dal fenomeno dell'interruzione giudiziale, sì garantendo il diritto di difesa. In conclusione, la Corte, preso atto dell'erro-

neità del presupposto interpretativo circa l'art. 671 c.p.p., il quale invece nell'interpretazione derivatane dalla prassi giudiziaria offre tutela pure nei casi di reati permanenti, dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale.

ANTONIO PUGLIESE

## CONSIGLIO COSTITUZIONALE FRANCESE

Le tre decisioni che si segnalano all'attenzione dei lettori hanno quale filo conduttore lo sforzo costante del *Conseil constitutionnel* di mantenere conformi alla Costituzione le disposizioni antiterrorismo introdotte a seguito dei numerosi attentati realizzati nella Repubblica Francese da soggetti legati all'estremismo islamico.

\* \* \*

### **1) Décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018 – M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]**

*<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017691qpc.htm>*

La prima decisione in commento riguarda una questione prioritaria di costituzionalità della quale il *Conseil constitutionnel* è stato investito dal Consiglio di Stato, con riguardo all'art. L. 228-2 del “*Code de la sécurité intérieure*”, introdotto dalla legge n° 2017 1510 dl 30 octobre 2017, con lo scopo di rafforzare la sicurezza interna e il sistema di lotta al terrorismo, entrato in vigore il 1° novembre 2017, alla fine di un periodo nel corso del quale era stato dichiarato lo stato di emergenza.

La norma oggetto di censura autorizza il Ministro dell'Interno, al fine di prevenire la commissione di atti di terrorismo, a interdire a determinate persone di allontanarsi da un perimetro geografico determinato.

Tale obbligo di residenza può prevedere inoltre il dovere di presentarsi periodicamente alle forze di polizia, nonché il dovere di dichiarare il proprio luogo di abitazione e ogni eventuale modificazione.

È stato osservato che questa disposizione violerebbe la libertà di circolazione, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché le *droit au recours effectif*.

Inoltre, il ricorrente ritiene che l'obbligo di assegnazione a residenza prevista dalla norma impugnata sia analogo a quella prevista dall'articolo 6 della legge n°55-385 del 3 aprile 1955, relativo allo stato d'urgenza, pertanto il legislatore avrebbe dovuto prevedere delle disposizioni transitorie tra i due regimi di obbligo di residenza.

Nella sua decisione, il *Conseil* si è concentrato sul campo di applicazione della misura contestata e sulle garanzie che il legislatore ha previsto nella sua operatività.

In primo luogo, quanto al suo campo di applicazione, la misura dell'obbligo di residenza non può essere pronunciata se non al fine di prevenire un atto di terrorismo.

Il Ministro dell'Interno non può disporre tale misura se non in presenza della doppia condizione da un lato della sussistenza di serie ragioni che portino a ritenere che il comportamento della persona oggetto della misura rappresenti una concreta minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico e, dall'altro lato, di prove che dimostrino che tale soggetto abbia relazioni stabili con persone o organizzazioni che incitano, facilitano o partecipano ad atti di terrorismo, ovvero che sostenga e diffonda, quando questa diffusione è accompagnata da una manifestazione di aderenza ad una ideologia o a tesi che incitano alla commissione di atti di terrorismo o ne facciano apologia.

In secondo luogo, il perimetro geografico dell'obbligo di residenza non può essere inferiore a quello del territorio del Comune di residenza e deve permettere al proposto di mantenere una propria vita familiare e professionale e l'obbligo di presentazione periodica alle forze di polizia non può superare una presentazione al giorno.

Inoltre, la durata della misura dell'obbligo di residenza è limitata nel tempo: può essere inizialmente pronunciata o rinnovata per una durata massima di tre mesi ed ogni rinnovo – successivo al termine iniziale di sei mesi – è subordinato alla produzione, da parte del Ministro dell'Interno, di elementi nuovi o aggiuntivi rispetto ai precedenti.

In ogni caso, la durata massima di tale misura non può essere superiore a dodici mesi.

Enunciando sul punto una riserva di interpretazione, il *Conseil constitutionnel*, tenuto conto del rigore della misura prevista dalle disposizioni contestate, queste ultime non potranno superare mai la durata complessiva – continua o no – di dodici mesi, pena la violazione del diritto di libera circolazione, del rispetto della vita privata e il diritto ad una normale vita familiare.

Un'ultima serie di garanzie attiene al controllo del giudice amministrativo, dinanzi al quale potranno essere contestate le misure; su questo punto il *Conseil* ha proceduto ad una duplice censura parziale delle misure contestate.

Il rimedio contro tale atto consiste nel ricorso per abuso di potere, che è lo strumento ordinario previsto per impugnare un atto dell'amministrazione, secondo quanto previsto dall'art. L. 228-2 del *Code de la sécurité intérieure*, che dispone che tale gravame può essere presentato entro un mese dalla notifica della misura o del suo rinnovo e che su tale ricorso il Giudice si pronuncia entro due mesi dal deposito.

Ritiene il *Conseil* che, in ragione della compressione dei diritti e delle libertà dell'interessato che deriva dall'applicazione di tale misura, tali termini non siano in grado di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi in conflitto.

Per questo motivo, le parole “*nel termine di un mese*”, contenute nella prima frase dell’ultimo comma dell’art. L. 228-2 del *Code de la sécurité intérieure* sono abrogate; inoltre il *Conseil* ha ritenuto che il diritto ad un ricorso effettivo alla giurisdizione impone che il giudice amministrativo sia tenuto a decidere sulla richiesta di annullamento in un periodo più breve.

D’altra parte, l’articolo oggetto di contestazione prevede che tutte le decisioni sul rinnovo della misura debbano essere notificate all’interessato entro e non oltre cinque giorni dalla loro entrata in vigore, il quale può presentare ricorso al *juge des référés* del Tribunale amministrativo, sulla base di quanto previsto dall’art. L. 521-2 del *Code de justice administrative*; tale ricorso ha effetto sospensivo.

Il *Conseil* rileva tuttavia che, ai sensi dello stesso art. L. 521-2, il controllo esercitato dal giudice è limitato a infrazioni gravi e chiaramente illegali; pertanto, ritiene che aver limitato la possibilità di ricorso esclusivamente su queste basi, il legislatore abbia compiuto una conciliazione manifestamente squilibrata tra le summenzionate esigenze costituzionali e l’obiettivo di prevenire le violazioni dell’ordine pubblico.

Per questi motivi, il *Conseil* ha abrogato le parole “sulla base dell’articolo L. 521-2 del Codice di giustizia amministrativa” nella seconda frase del penultimo paragrafo dell’art. L. 228-2 del *Code de la sécurité intérieure*.

In ragione degli effetti di tale abrogazione, essa è stata rinviata al 1° ottobre 2018

Date le conseguenze manifestamente eccessive che questa censura avrebbe potuto avere, ha rinviato al 1° ottobre 2018 la data di questa abrogazione.

\* \* \*

## **2) Décision n° 2017-693 QPC du 02 mars 2018 – Association de la presse judiciaire [Présence des journalistes au cours d’une perquisition]**

*<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017693qpc.htm>*

Il *Conseil constitutionnel* è stato investito il 28 dicembre 2017 dal Consiglio di Stato di una questione prioritaria di costituzionalità riguardante l’articolo 11 del Codice di procedura penale, per come modificato dalla legge n° 2000-516 del 15 giugno 2000 in materia di presunzione di innocenza e diritti delle vittime e l’articolo 56 dello stesso Codice, per come modificato dalla legge n° 2016-731 del 3 giugno 2016 in tema di lotta alla criminalità organizzata, terrorismo e loro finanziatori.

Il primo comma dell’art. 11 del Codice di procedura penale prevede il principio di segretezza dell’inchiesta e dell’istruzione.

Secondo una giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, che è stata l’ispirazione della circolare oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, risulta da tale norma che “*costituisce una violazione del segreto istruttorio relativo all’esecuzione di una perquisizione (...) l’esecuzione di tale atto da parte di un giudice o un ufficiale di polizia giudiziaria in presenza di una terza parte che, avendo ottenuto*



*da una pubblica autorità una autorizzazione a tal fine, durante le operazioni capta immagini o suoni”.*

Secondo l'autorizzazione della stampa giudiziaria, queste disposizioni violano la libertà di espressione e di comunicazione protette dall'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Nella sua decisione, il *Conseil* ha ritenuto, in primo luogo, che prevedendo il segreto istruttorio il legislatore ha inteso garantire il regolare sviluppo dell'inchiesta e dell'istruzione del procedimento, perseguendo inoltre l'obiettivo di rilievo costituzionale di prevenire attentati all'ordine pubblico e di individuare gli autori di determinati reati, tutte attività necessarie alla salvaguardia di diritti e principi di rango costituzionale.

Allo stesso tempo, si è inteso tutelare le persone sottoposte ad una indagine penale, tutelando il loro diritto al rispetto della vita privata e alla presunzione di innocenza, come previsti dagli artt. 2 e 9 della Dichiarazione del 1789.

In secondo luogo, il *Conseil* ha rilevato come le stesse disposizioni censurate contengano alcune limitazioni al segreto istruttorio.

La prima riguarda la portata del segreto, che è limitato agli atti di inchiesta e di istruzione e alla durata delle relative investigazioni.

Questa disposizione non priva i terzi – e in particolare i giornalisti – della possibilità di dare notizia di un procedimento penale e di riferire le singole tappe di una inchiesta.

La lesione all'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione viene così ad essere limitata.

Un secondo temperamento riguarda la possibilità di derogare al segreto dell'inchiesta e dell'istruzione nell'ambito delle cosiddette “*fenêtres de publicité*”, previste dal terzo comma dell'art. 11, che prevedono per il Procuratore della Repubblica la possibilità di rendere pubblici determinati elementi emersi nel corso delle indagini, purché ciò non comporti alcun apprezzamento sulla fondatezza delle accuse contestate.

Infine, in esercizio del diritto di difesa, le parti e i loro difensori possono comunicare alla stampa informazioni in merito agli sviluppi delle indagini.

Per questi motivi, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che la lesione alla libertà di espressione e di comunicazione che risulta dalle disposizioni impugnate è necessaria, adatta e proporzionata all'obiettivo perseguito dal legislatore e ha concluso sancendo la conformità alla Costituzione di tali disposizioni.

\* \* \*

### **3) Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 – M. Rouchdi B. et autre**

*<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017695qpc.htm>*

Il *Conseil Constitutionnel* è stato investito dal Consiglio di Stato di una questione prioritaria di costituzionalità relativa agli articoli L. 226-1, L.227-1, L. 228-1,

L. 228-2, L. 228-3, L. 228-4, L. 228-5 et L. 228-6, L. 229-1, L. 229-2, L. 229-4 e L. 229-5 del *Code de la sécurité intérieure* e di talune disposizioni contenute agli articoli L. 511-1, L. 613-1 et L. 613-2, della legge n° 2017 1510 del 30 ottobre 2017 “*renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*”.

Al Consiglio costituzionale sono state sottoposte quattro serie di questioni.

Le prime disposizioni contestate erano quelle che consentono al Prefetto di stabilire un perimetro di protezione, all'interno del quale l'accesso e la circolazione delle persone sono regolati allo scopo di rendere sicuro un luogo o un evento esposto.

Nell'ambito delle limitazioni che possono essere disposte, rientrano anche la possibilità per i cittadini di essere sottoposti a perquisizioni personali, esami facciali o all'ispezione dei bagagli e del veicolo.

Il *Conseil* ha giudicato queste norme conformi a Costituzione, formulando tuttavia tre riserve interpretative.

La prima riguarda la partecipazione alle operazioni di controllo e verifica di soggetti privati, con compiti di sorveglianza pubblica.

Il Legislatore ha ammesso che tali soggetti possano operare, assistendo gli ufficiali di polizia giudiziaria essendo in ogni caso posti sotto l'autorità di un ufficiale di polizia giudiziaria.

Con una prima riserva di interpretazione, il *Conseil* ha ritenuto che spetti all'Autorità pubblica il compito di rendere effettiva tale disposizione, garantendo in ogni momento che il controllo effettuato da pubblici agenti sugli operatori privati sia efficace.

La seconda riserva riguarda invece le modalità con le quali vengono eseguite, nell'ambito dei perimetri di protezione, le operazioni di controllo dell'accesso e, in particolare, le ispezioni personali e veicolari, che devono essere svolte esclusivamente sulla base di criteri casuali, tali da escludere ogni discriminazione tra le persone.

La terza riserva interpretativa concerne infine la possibilità per il Prefetto di rinnovare la previsione in una determinata zona di un perimetro di protezione, che essendo subordinata alla necessità di assicurare la sicurezza di un determinato luogo o di uno specifico evento e a condizione che sussista il rischio di attacchi terroristici, tale rinnovo non potrà essere disposto dal Prefetto, in ragione delle compressioni che determina nella libertà di circolazione nel diritto al rispetto della vita privata, in assenza della permanenza di un rischio di attacco terroristico.

Il secondo insieme di disposizioni contestate sono quelle che autorizzano in Prefetto a chiudere temporaneamente dei luoghi di culto per prevenire la commissione di atti di terrorismo, in ragione di determinate proposte, idee o attività che si tengano al loro interno.

Ricordando che l'art. 1 della Costituzione e l'art. 10 della Dichiarazione del 1789 sanciscono in nome del principio di laicità che la Repubblica garantisce il libero esercizio dei culti, il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto che il legislatore ha assicurato un bilanciamento che non appare manifestamente irragionevole tra due

interessi, entrambi di rango costituzionale: da un lato la prevenzione di attentati contro l'ordine pubblico; dall'altro la libertà di coscienza e il libero esercizio dei culti.

Al riguardo, si osserva che la *ratio* della misura della chiusura di un luogo di culto risiede nella provocazione alla violenza, all'audio o alla discriminazione e compete al prefetto stabilire se tale provocazione sia tale da concretizzare il rischio di commissione di reati di terrorismo.

Autorizzando la chiusura temporanea di un luogo di culto il legislatore ha altresì perseguito l'obiettivo di lotta al terrorismo, che è espressione dell'interesse di natura costituzionale di prevenzione agli attentati contro l'ordine pubblico.

Inoltre, il *Conseil* ha sottolineato l'esistenza di numerose garanzie: il legislatore limitato a sei mesi la durata di chiusura e non è previsto che essa possa essere rinnovata. L'adozione ulteriore di una nuova misura di chiusura non potrà quindi che fondarsi su dei fatti ulteriori intervenuti dopo la riapertura del luogo di culto.

La chiusura del luogo di culto dovrà essere giustificata e proporzionata, quanto alla sua durata, alle ragioni che l'abbiano determinata.

Infine, i soggetti colpiti dalla misura potranno ricorrere d'urgenza alla giustizia amministrativa.

In tal caso la misura verrà sospesa fino alla decisione del giudice di fissare per la discussione del ricorso una pubblica udienza: se deciderà di fissare tale udienza, la sospensione della misura sarà prolungata sino alla decisione sul merito del ricorso, che dovrà intervenire entro 48 ore.

Il terzo insieme di disposizioni contestate riguardavano le misure individuali di controllo e di sorveglianza suscettibili di essere pronunciate dal ministro dell'interno al fine di prevenire la commissione di un atto di terrorismo e in particolare il divieto di frequentare determinate persone.

Il *Conseil*, dopo aver ritenuto di non avere alcun titolo per pronunciarsi sulle disposizioni dell'art. L. 228-2 del *Code de la sécurité intérieure*, già oggetto di uno specifico esame nella decisione n° 2017-691 QPC del 16 febbraio 2018, ha comunque affermato che le condizioni per il ricorso a tale misure, per come indicate all'art. L. 228-1 del *Code de la sécurité intérieure*, sono sufficientemente precise.

Il divieto di frequentare determinate persone, infatti, è stato previsto dal legislatore con l'obiettivo di contrastare il terrorismo e la sua applicazione è limitata a quei soggetti sospettati di rappresentare una minaccia di particolare gravità per l'ordine pubblico.

Formulando tre riserve di interpretazione, il *Conseil* ha sottolineato che appartiene al ministro dell'interno di tener conto, nel disporre il divieto di frequentare determinate persone, di tenere in considerazione i legami familiari del proposto, nella prospettiva di non ledere in maniera sproporzionata e irragionevole il suo diritto a mantenere una vita familiare normale.

In ogni caso, in ragione della particolare afflittività della misura, il divieto di frequentazione non potrà protrarsi oltre un limite massimo di dodici mesi.

Infine, come già affermato nella decisione del 16 febbraio 2018, il *Conseil* ha censurato, per violazione del principio di effettività nel ricorso alla giurisdizione, la disposizione che prevede che il Giudice amministrativo debba statuire sui ricorsi per eccesso di potere diretti contro le misure in esame entro quattro mesi, ritenendo che sia necessario un periodo di tempo più breve.

Il quarto e ultimo insieme di misure oggetto di contestazione riguardano i poteri di perquisizione e sequestro a fini di prevenzione antiterrorismo.

Si tratta in particolare delle norme che regolano a quali condizioni le perquisizioni e i sequestri possano essere autorizzati dal *Juge des libertés et de la détention* su richiesta del Prefetto.

A parere del *Conseil*, il legislatore ha limitato la portata della misura, prevedendo inoltre sufficienti garanzie per i soggetti cui essa viene applicata, con ciò conciliando l'interesse costituzionale alla prevenzione di attentati all'ordine pubblico con il rispetto alla vita privata, il diritto di abitazione, l'inviolabilità del domicilio e la libertà di circolazione.

Le perquisizioni e i sequestri possono essere disposti nei confronti di soggetti sospettati di terrorismo, ovvero costituenti una particolare minaccia per l'ordine pubblico; ogni attività deve essere sottoposta all'autorizzazione preventiva di un giudice, sulla base di una richiesta motivata del Prefetto, che ne informa anche il Pubblico Ministero.

Le perquisizioni e i sequestri non possono riguardare luoghi utilizzati per l'esercizio di un mandato parlamentare o adibiti a sede di attività professionale di avvocati, magistrati o giornalisti, nonché le abitazioni di tali persone.

La perquisizione deve essere condotta alla presenza dell'occupante dei locali o di un suo rappresentante e la legge gli consente di farsi assistere da un consigliere di sua fiducia; in assenza dell'occupante, le forze dell'ordine possono procedere alla perquisizione solo in presenza di due testimoni, che non sono sottoposti alla loro autorità.

Ciò posto, il *Conseil* ha rilevato come le disposizioni contestate consentano il sequestro, all'esito della perquisizione, non solo di dati e sistemi informatici, ovvero delle apparecchiature e terminali che ne costituiscano il supporto, ma anche di "documenti" e "oggetti".

Tuttavia, mentre per i dati, i sistemi informatici e gli apparecchi tecnologici il legislatore ha disciplinato le modalità di esame, conservazione e restituzione, lo stesso non accade con riferimento ai documenti e agli oggetti; tale omissione trascura dunque il bilanciamento con il diritto di proprietà e le relative disposizioni sono state dichiarate contrarie alla Costituzione.

## TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO

**Tribunal Constitucional, Sala Primera, n. 21/2018, de 5 de marzo 2018**

<http://bj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2018-5048.pdf>

Con la sentenza in commento il *Tribunal Constitucional* ha avuto modo di esprimersi sul tema del diritto dei detenuti a conoscere le ragioni poste a fondamento della limitazione della libertà personale.

Per il ricorrente, il denegato accesso agli elementi su cui si è fondata la privazione della libertà avrebbe, da un lato, mosso contro l'inviolabilità della stessa, così come tutelata all'art. 17 CE e, dall'altro, impedito un'adeguata difesa, la quale deve poter consistere, giocoforza, anche nella possibilità di poter muovere, consapevolmente, critiche e censure avverso i provvedimenti limitativi; consapevolezza ed effettività della difesa sarebbero stati impediti proprio a causa della parzialità e incompletezza delle informazioni cui ha avuto accesso. L'ineffettività della difesa si mostrava acuita, poi, dal protrarsi della situazione di "ignoranza", nonostante le espresse richieste del difensore; in ciò palesandosi ancor più l'asserita lesione degli artt. 17 e 24 CE. Il caso posto all'attenzione dei giudici ha, inoltre, consentito al *Tribunal* di esprimersi per la prima volta su di un tema delicato, quale è quello dei diritti dei detenuti, da quando è stata data esecuzione alla Direttiva n. 2012/13/UE, relativa proprio al diritto alle informazioni nel processo penale (*Leyes Orgánicas* 5 y 13/2015).

La sentenza muove assumendo quale punto di partenza delle proprie considerazioni quanto affermato dall'art. 17.3 CE, il quale espressamente riconosce ai detenuti il diritto ad essere immediatamente informati, in modo chiaro e comprensibile, non solo dei diritti che l'ordinamento gli riconosce, ma pure delle ragioni della detenzione.

Ebbene, sotto questo punto di vista, il *Tribunal* afferma come questo diritto non debba essere inteso nel senso di riconoscere un accesso incondizionato all'intero compendio investigativo, bensì uno limitato agli atti e agli elementi essenziali per contestare la legalità della detenzione. Ad esempio, rammenta la sentenza, può essere limitata e impedita la conoscenza di elementi non utili ai fini dell'attuazione di una corretta ed effettiva difesa la cui conoscenza potrebbe, invece, porre in pericolo il proficuo proseguimento delle indagini.

Da quanto affermato dai giudici se ne ricava, pertanto, l'individuazione di un preciso obbligo di informazione, il quale deve attuarsi in maniera immediata e comprensibile, dovendo riguardare non solo i diritti che si riconoscono al detenuto, ma pure i fatti che gli si attribuiscono e le ragioni che giustificano la privazione della libertà e, ancor più quando il detenuto solleciti appositamente, deve essere riconosciuto un accesso proporzionato a quei documenti ed elementi sui quali si fonda la limitazione della libertà personale e che si mostrino essenziali per la corretta esplicazione del diritto di difesa, costituzionalmente presidiato peraltro.

Nel caso posto all'attenzione dei giudici, secondo i principi di diritto poc'anzi ricostruiti, si è posta in essere una lesione dei diritti fondamentali del ricorrente, rinvenibili nell'art. 17.1 e 3 della *Constitución*, essendosi violata la libertà personale dell'istante senza dar conto delle ragioni che ne giustificavano la compressione e senza consentire un cosciente esercizio delle *chances* difensive previste. Visto, dunque, il parziale adempimento degli oneri informativi, il ricorso ha meritato accoglimento.

\* \* \*

#### **Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 22 de marzo 2018**

*[https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2018\\_032/2017-5678\(2\)ATC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_032/2017-5678(2)ATC.pdf)*

La pronuncia in commento si occupa di una delle numerose “code” riconducibili all'oramai nota questione catalana. Il *Tribunal Constitucional*, nello specifico, respingendo il *recurso de suplica* proposto da *Jordi Sànchez*, ne ha impedito la scarcerazione, richiesta al fine di poter assistere alla seduta del Parlamento catalano prevista per la sua investitura quale *Presidente de la Generalitat*.

I Giudici hanno avuto, quindi, occasione per ribadire che, per costante giurisprudenza dello stesso *Tribunal*, la sospensione dei provvedimenti giudiziari costituisce mezzo di carattere assolutamente eccezionale e, pertanto, rimesso al rispetto di stringenti requisiti.

In effetti, sospendere l'esecuzione di provvedimenti emessi da altri organi giurisdicenti suppone un'ingerenza della giurisdizione costituzionale circa le decisioni adottate dagli altri organi di ordinaria giurisdizione. Per questa ragione è, anzitutto, necessario che l'intervento del *Tribunal Constitucional* sia teso alla salvaguardia di un diritto fondamentale che, senza un intervento salvifico, rischia di essere definitivamente compromesso. Questa condizione, congiuntamente a quelle che di seguito si tratteranno, fa sì che le ingerenze dei Giudici costituzionali rimangano legittime, non anche indebite.

Ebbene, benché ciò possa accadere, è pur sempre necessario utilizzare la massima cautela, giustificata, come detto, sia dal bisogno di scongiurare indesiderate interferenze, sia dalla necessità di evitare un'indebita spendita di poteri e di funzioni



vietati alla giurisdizione costituzionale. Nel caso di specie, il ricorrente ha invocato solamente la lesione del diritto ad una tutela giudiziale effettiva e solo questo può essere posto all'attenzione del *Tribunal*. Ogni altra lesione, quale quella che nel caso concreto parrebbe venire in risalto, ossia il diritto alla partecipazione politica di cui all'art. 23 CE, necessita, prima di ogni trattazione da parte dei giudici costituzionali, che siano percorse le vie ordinarie.

Ricostruiti in questi termini i poteri d'intervento e i correlativi limiti del *Tribunal Constitucional* e circoscritta la sua cognizione, i Giudici rigettano il ricorso di *Jordi Sànchez*, non rispettando i crismi legali descritti, peraltro da tempo cristallizzati anche nella giurisprudenza costituzionale, apparendo, invece, un tentativo di aggiramento delle regole processuali.

ANTONIO PUGLIESE

## CORTI BRITANNICHE

**UK Supreme Court, Commissioner of Police of the Metropolis (Appellant) v DSD and another (Respondents) [2018] UKSC 11 on appeal from [2015] EWCA Civ 646**

*<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0166-judgment.pdf>*

Nella pronuncia in commento, la Suprema Corte torna ad occuparsi del principio di proibizione della tortura e di pene o trattamenti inumani ovvero degradanti, di cui all'art. 3 CEDU, che registra ancora molte incertezze sul piano interpretativo e applicativo.

A ricorrere è il *Commissioner* del *Metropolitan Police Service* (MPS) contro la decisione della *Court of Appeal* la quale, confermando la precedente sentenza della *High Court*, ha condannato la polizia londinese a risarcire due donne vittime di reati di violenza sessuale.

Il caso riguarda un taxista londinese il quale, tra il 2003 e il 2008, commette una serie di violenze sessuali a bordo del suo c.d. “*black cab*”.

Sono proprio due donne, vittime del “violentatore seriale”, ad agire inizialmente – ai sensi delle *sections* 7 e 8 dello *Human Right Act* del 1998 (HRA) – contro la polizia londinese lamentando macroscopici errori commessi nella fase iniziale delle indagini, che non hanno consentito di individuare tempestivamente il responsabile: circostanza, quest’ultima, compiutamente accertata nei precedenti gradi di giudizio (§ 51). Significativa è la scelta del MPS il quale, nel presentare il ricorso, rinuncia espressamente – proprio in ragione delle riconosciute inefficienze – all’eventuale restituzione di quanto già versato, a titolo di risarcimento e di spese legali, alle controparti (§ 4).

La Suprema Corte, malgrado rigetti all’unanimità il ricorso, si pronuncia con un’articolata motivazione, i cui *obiter dicta* danno conto di significative divergenze dei *Lords* in merito al contenuto del principio fondamentale in questione.

Più in particolare, che dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 3 CEDU non derivi unicamente un obbligo di *non facere*, ma anche una serie di obblighi di *facere* in capo agli Stati membri, sia nelle relazioni tra organi nazionali e cittadini sia nei rapporti interindividuali (c.d. “doppia natura” della tutela ovvero applicazione

verticale e orizzontale dell'art. 3 CEDU), è un dato ormai acquisito e non oggetto di discussione (si richiamano le sentenze della Corte di Strasburgo *Assanov e a. v Bulgaria*, 1998; *MC v Bulgaria*, del 2005). Così come è pacifico che tra gli obblighi "positivi" si annoveri anche quello di protezione («*positive, protective obligation*») di soggetti vulnerabili, come – appunto – le donne rispetto a delitti di violenza sessuale.

Tuttavia, a prescindere dal caso concreto, sul contenuto di tali obblighi "positivi" si registrano indirizzi divergenti, non solo nella giurisprudenza di Strasburgo ma anche tra le *opinions* rese in questa decisione dai giudici della Suprema Corte. Riassumendo, possono individuarsi due «*competing arguments*», uno più restrittivo («*narrower approach*») e l'altro più estensivo («*wider approach*»).

Secondo il «*wider approach*» (sostenuto da Lord Kerr, Lady Hale e Lord Neuberger), gli artt. 3 e 8 della Convenzione impongono agli Stati contraenti non solo di predisporre un quadro normativo interno tale da prevenire o reprimere adeguatamente le violazioni dell'art. 3 CEDU, ma anche di condurre indagini in modo tempestivo, approfondito ed effettivo (si richiamano, sul punto, le sentenze del Giudice europeo *Assanov e a. v Bulgaria*, cit.; *MC v Bulgaria*, cit.). Pertanto, ciascuna vittima è legittimata ad invocare la responsabilità statale nel caso in cui si siano verificati «*plurimi e fondamentali errori*» nelle indagini da parte dell'autorità pubblica (§ 29: «*[...] only conspicuous or substantial errors in investigations would qualify*»). Peraltro, non è necessario che si tratti di «*difetti strutturali*» («*structural defects*») del sistema di pubblica sicurezza, ma può trattarsi anche di «*gravi inadempienze*» («*serious failures*») di «*doveri operativi*» («*operational duties*»); sul punto, la sentenza cita – tra le altre – le pronunce della Corte EDU *Szula v Regno Unito*, 2007; *Secic v Croazia*, 2009; *Beganovic v Croazia*, 2009; *Vasilyev v Russia*, 2009). Condizioni, quelle testé indicate, da valutare alla luce delle circostanze del caso concreto.

Tale orientamento si rifà a un preciso «*metodo*» interpretativo. Nella sentenza, infatti, si afferma che, poiché i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione sono stati recepiti dallo HRA e, pertanto, costituiscono a tutti gli effetti parte dell'ordinamento nazionale, il giudice interno non è vincolato al c.d. «*mirror principle*» (in forza del quale le decisioni di quest'ultimo dovrebbero sempre «*riflettere*» la giurisprudenza di Strasburgo), ma – di contro – ben può interpretare gli stessi diritti in senso estensivo. Come testualmente afferma Lord Kerr, «*[l]a reticenza da parte delle corti del Regno Unito nel decidere se un diritto convenzionale sia stato violato equivarrebbe alla negazione dell'obbligo sancito dalla section 6 dello HRA*» (§ 78). Tale metodo – si osserva nell'*opinion* resa da Lord Neuberger – ha alimentato un «*[d]ialogo tra la Corte Suprema del Regno Unito (e naturalmente anche altri tribunali del Regno) e la Corte di Strasburgo che si è dimostrato proficuo per lo sviluppo dei diritti umani*» (§ 91).

Viceversa, secondo il «*narrower approach*», sostenuto da Lord Hughes, l'art. 3 della CEDU è stato esteso dalla giurisprudenza di Strasburgo secondo una linea interpretativa non sempre coerente con la *ratio* della norma e con la natura stessa della Convenzione (§ 114: «*unclear remain the rationale for the extension*»), che

è pur sempre uno strumento internazionale rivolto alle Parti contraenti (§ 104). In particolare, se è senz'altro ragionevole ricavare, dalla norma *de qua*, l'obbligo "positivo" in capo agli Stati membri di perseguire in modo efficace crimini commessi da pubblici ufficiali ai danni di privati cittadini, giacché – in caso contrario – lo stesso principio convenzionale rimarrebbe sostanzialmente vanificato (c.d. "*first judicial gloss*", che risulterebbe «*coherent*»: § 145), ciò non conduce però alla conclusione che la vittima di delitti di violenza, commessi da un singolo, sia legittimata a invocare la responsabilità statale qualora si siano verificati errori "operativi" da parte delle autorità inquirenti (c.d. "*second judicial gloss*"). In tale ultima eventualità, invero, la violazione del principio convenzionale si avrebbe solo in presenza di carenze "strutturali", dell'ordinamento giuridico interno, tali da non consentire una prevenzione ovvero repressione efficace delle violazioni dell'art. 3 CEDU.

Come testualmente afferma Lord Hughes nella sua *opinion*, «*[l]a Corte europea dei diritti dell'uomo muove da un principio che riposa su solide basi razionali, ma poi estende tale principio a situazioni nelle quali la sua ratio non trova applicazione*» (§ 142).

FEDERICO MAZZACUVA

\* \* \*

**England and Wales Court of Appeal, Bawa-Garba v R. [2016] EWCA Crim 1841 on appeal from Nottingham Crown Court**

[http://www.bailii.org/cgibin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Crim/2016/18-41.html&query=\(Bawa-Garba](http://www.bailii.org/cgibin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Crim/2016/18-41.html&query=(Bawa-Garba)

Si segnala, in modo forse un po' irrituale, un caso non recentissimo ma sul quale, visti i recenti sviluppi, tutta l'Inghilterra – non solo nei suoi ambienti giuridici – si sta interrogando a causa delle profonde implicazioni sul sistema sanitario nazionale (*NICE*).

Si tratta della vicenda che ha visto imputata, e poi condannata per *Gross Negligence Manslaughter* (equivalente, a grandi linee, del nostro omicidio colposo), la dottoressa Hadiza Bawa-Garba, una giovane pediatra di origine africana.

Il fatto ha avuto luogo nel febbraio 2011, quando una mattina presto il piccolo Jack Adcock, di sei anni e affetto dalla sindrome di *Down* nonché da già noti problemi cardiaci, veniva condotto dai genitori presso il pronto soccorso pediatrico di Leicester per una crisi respiratoria e contestuali, forti attacchi di vomito e diarrea. Il bambino veniva visitato dalla dottoressa Bawa-Garba che gli prescriveva alcuni esami diagnostici e, nel frattempo, la somministrazione di ossigeno. La pediatra, all'ultimo anno di specializzazione, era tornata proprio quel giorno dalla maternità e si trovava per la prima volta al pronto soccorso, avendo

fatto esperienza prima della gravidanza solo in altri reparti. Il suo (nuovo) supervisore era assente.

In attesa dei risultati degli esami, la giovane sanitaria si dedicava ad altre emergenze (tra cui una delicata puntura lombare). Alle 4 e mezza del pomeriggio, quando, in seguito ad una lunga serie di inefficienze, diventava possibile alla dottoressa leggere i risultati degli esami del sangue, questa diagnosticava al piccolo Jack una polmonite. Alle 6 le condizioni del paziente sembravano in netto miglioramento.

Alle 8 di sera – in quel momento Hadiza Bawa-Garba lavorava da più di dodici ore – la pediatra rispondeva ad una “crash call” per un attacco di cuore del piccolo Jack, ma, entrando nella stanza, confondeva Jack con un altro paziente e annullava il segnale di allarme. L'errore veniva riconosciuto dopo più di trenta secondi ed i successivi tentativi di rianimare il bambino non andavano a buon fine.

La dottoressa Bawa-Garba è stata condannata per *Manslaughter* nel novembre 2015 dalla *Crown Court* di Nottingham, nonostante non vi fosse la certezza che lo iato tra l'ingresso nella stanza di Jack Aldcock ed i tentativi di soccorso fosse stato decisivo per il decesso del piccolo, che probabilmente, date le condizioni in quel momento, sarebbe deceduto ugualmente. La pena (sospesa) è stata stabilita in 24 mesi di reclusione.

Nel dicembre del 2016 la Corte d'Appello dell'Inghilterra e del Galles ha rigettato l'appello proposto dalla pediatra. In conseguenza della condanna penale, il *General Medical Council* (GMC) ha ricorso al *Medical Practitioners Tribunal* (MPT) per chiedere la cancellazione dal registro dell'ordine dei medici della pediatra. Detto tribunale si è pronunciato nel giugno 2017, ritenendo adeguata una sospensione di un anno dall'attività, ma non la cancellazione. Nel dicembre 2017 il GMC ha ricorso alla *High Court* contro la decisione del MPT, ottenendo, un paio di mesi più tardi, la radiazione di Hadiza Bawa-Garba (cfr. *Doctor whose mistakes cost life of six-year-old struck off after High Court challenge*, in [www.thetelegraph.co.uk](http://www.thetelegraph.co.uk), 25 gennaio 2018).

La complessiva vicenda giudiziaria della giovane pediatra impone diverse riflessioni.

Da un punto di vista (più strettamente) penalistico, il tema centrale è quello dell'equilibrio tra colpevolezza individuale ed inefficienze organizzative. È chiaro che, prescindendo dalla dubbia efficacia sul piano causale, l'errore di Hadiza Bawa-Garba è evidente e, per certi versi, anche grave. Esso, tuttavia, si è verificato in un contesto strutturale assolutamente inadatto, nel quale tutto, anziché provare a prevenire gli errori, finiva per facilitarne la commissione. Basti pensare, ad esempio, oltre a quanto già riferito nella sommaria descrizione dei fatti (risultati di esami in tempi biblici, ecc.), che l'imputata – come detto, al suo rientro dopo 14 mesi di assenza – non mangiava nulla da più di 12 ore, nelle quali non si era mai seduta e aveva esclusivamente lavorato senza pause in un reparto che non conosceva e senza la disponibilità di un supervisore esperto (quel giorno assente).

Rispetto a questa casistica, la soglia di punibilità della *Gross Negligence* sembra, pur con qualche eccezione come il caso *Adomako*, aver fino ad oggi apprestato

una protezione sufficiente a “difendere” il singolo dalla responsabilità per insufficienze strutturali ed organizzative. Giova poi ricordare, peraltro, come in Inghilterra anche le strutture sanitarie pubbliche dal 2007 possano essere chiamate a rispondere per *Corporate Manslaughter*. Si tratta, tuttavia, di un’arma finora quasi mai utilizzata dai *Prosecutors*.

Ad ogni modo, la condanna della dottoressa e la sua radiazione anziché, come spesso accade, spostare l’attenzione mediatica sull’errore individuale, “assolvendo” di conseguenza la struttura, hanno in realtà messo a nudo le problematiche del sistema sanitario britannico, accusato dalla stampa di non apprestare modelli adeguati di sicurezza delle cure e di prevenzione degli incidenti ed, anzi, di indurre in errore i propri sanitari (cfr. S. Brown, *We are all Hadiza Bawa-Garba. Any Doctor could make the same mistake*, in [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com), 9 febbraio 2017). Tra i colleghi di Hadiza Bawa-Garba è iniziata una colletta, finora molto fortunata, che le consentirà di proseguire le proprie battaglie giudiziarie.

GIAN MARCO CALETTI



## CORTE SUPREMA STATUNITENSE

**Pillole dalla Corte suprema statunitense: *guilty pleas* e controllo di costituzionalità; *culture war* e diritto individuale a detenere e portare armi; futuri scenari sulla possibile incostituzionalità per c.d. *overbreadth* di circostanze aggravanti in materia di pena capitale**

### *Premessa*

In questo osservatorio si analizzeranno tre casi giunti di recente all'attenzione dei giudici supremi.

Il primo di essi, *Class v. United States*, 583 U.S.\_\_(2018) – l'unico, peraltro, ad essere stato deciso nel merito – riguarda il diritto a lamentare l'incostituzionalità di una legge in appello dopo avere concordato la condanna e l'applicazione della pena in primo grado in un cd. *guilty plea*. Giacché nel sistema penale statunitense oltre il 95% dei procedimenti vengono definiti in via negoziale<sup>1</sup>, senza celebrazione del cd. *trial*, si tratta di un arresto piuttosto rilevante quanto a conseguenze applicative<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. United States Sentencing Commission, Overview of Federal Criminal Cases Fiscal Year 2016, 4, (Maggio 2017). La letteratura statunitense che approfondisce i nessi tra il (quasi) monopolio della giustizia penale negoziata, l'abuso della vasta sfera di discrezionalità del *prosecutor* nel servirsi delle draconiane *mandatory minimum sentences* quali "leve negoziali" a detrimento dei diritti dell'imputato e il fenomeno della *mass incarceration*, soprattutto delle minoranze razziali e dei gruppi sociali più deboli, è assai vasta. Si possono vedere, da diverse prospettive: J.F. PFAFF, *Locked In. The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, New York, 2017, 133-136; M. ALEXANDER, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in an Age of Colorblindness*, New York, 2012, 87-89.

<sup>2</sup> Come attestato dai numerosi commenti: cfr. J. BRAVIN, *Guilty Plea Doesen't Prohibit Constitutional Challenge to Convictions, Supreme Court Rules*, all'URL <https://www.wsj.com/articles/guilty-plea-doesnt-prohibit-constitutional-challenge-to-convictions-supreme-court-rules-1519261207>, 21 febbraio 2018; R. LITTLE, *Opinion Analysis: Appellate constitutional attacks on the offense of conviction are not waived absent explicit waiver (Corrected)*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/02/opinion-analysis-appellate-constitutional-attacks-offense-conviction-not-waived-absent-explicit-waiver/>, 23 febbraio 2018; A. WARD, *Supreme Court Ruling Means More People Who Plead Guilty Can Appeal*, all'URL <https://reason.com/blog/2018/02/23/supreme-court-says-self-proclaimed-const>, 23

In seconda battuta, il *focus* si sposterà sulla tematica assai controversa, e drammaticamente attuale<sup>3</sup>, della legislazione sulle armi, cd. *gun regulation*, attraverso la disamina di un'opinione dissenziente al *denial of certiorari* – ossia al rigetto alla valutazione nel merito del caso da parte della Alta Corte – redatta dal giudice conservatore (e originalista) Thomas<sup>4</sup>.

Essa dimostra – come si vedrà – quanto sia ancora poco consolidata la giurisprudenza sul contenuto e la precisa portata del “diritto fondamentale a detenere e portare armi”, dopo le importanti decisioni *District of Columbia v. Heller* e *McDonald v. City of Chicago*<sup>5</sup>. Si assiste infatti da qualche tempo ad una perdurante “battaglia politico-ideologica”, portata avanti dai *Justices* più conservatori, volta a fare giudicare nel merito nuovi casi, con lo scopo di *ridefinire in senso ampliativo la portata di tale diritto*, per restringere ulteriormente lo spazio di manovra a disposizione delle autorità federali, statali e locali nelle politiche, anche penali, di contrasto alla violenza da armi da fuoco. E ciò – si badi – proprio nel momento in cui gli Stati Uniti si sono raccolti, ancora una volta, a piangere le giovani vittime dell'ennesima strage.

Infine, ci si soffermerà su uno *Statement respecting the denial of certiorari* – redatto dal giudice di nomina clintoniana Breyer<sup>6</sup>, condiviso dagli altri *Justices* di nomina democratica – che, pur ritenendo inopportuno valutare il caso nel merito, segnala importanti potenziali profili di frizione tra la disciplina legislativa sulla pena capitale dell'Arizona e la Costituzione federale, come interpretata nei precedenti della Corte suprema, che potrebbero essere censurati in un futuro prossimo.

---

febbraio 2018; *Class v United States (2018) Guilty Plea Does Not Bar Federal Criminal Defendant from Challenging Constitutionality of Statute of Conviction*, v. l'URL <https://constitutionallawreporter.com/2018/03/01/class-v-united-states-2018/>, 1 marzo 2018.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla strage perpetrata il 14 febbraio 2018 da Nikolas Cruz alla Marjory Stoneman Douglas High School di Parkland, Florida, nella quale hanno perso la vita 17 persone.

<sup>4</sup> *Silvester v. Becerra*, 583 U.S.\_\_(2018), Thomas, J., dissenting.

<sup>5</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), decisione maturata per 5 voti a 4 e assai controversa – perché in forte tensione con il *precedent* e dagli effetti poco prevedibili – ha invalidato la disciplina particolarmente restrittiva del Firearms Control Regulations Act del 1975, che imponeva la custodia di una pistola scarica, smontata e chiusa in una cassaforte all'interno di abitazioni private, affermando che il II Emendamento alla Costituzione Federale (“*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed*”) garantisce un diritto fondamentale della persona a possedere e portare armi da fuoco per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa, all'interno della propria abitazione e proprietà. La successiva *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), oltre a confermare il “*core holding*” dell'anzidetta pronuncia, ha reso applicabile il diritto ivi sancito nei confronti delle legislazioni statali e dei provvedimenti delle autorità locali, attraverso la c.d. *incorporation* del II Emendamento per mezzo della *due process clause* del XIV Emendamento. Uno sviluppo assai significativo, poiché gran parte della *firearms regulation* viene adottata a livello statale e, soprattutto, locale.

<sup>6</sup> *Hidalgo v. Arizona*, 583 U.S.\_\_(2018), Statement of Breyer, J. Breyer si conferma ancora una volta, dunque, il più critico della pena capitale nel collegio, dopo la nota opinione dissenziente nel caso *Glossip v. Gross* del 2015, cfr. *amplius* sul punto S. BREYER, *Against the Death Penalty*, J.D. BESSLER (a cura di), Washington D.C., 2016; nella letteratura italiana v. A. CORDA, *L'incerto futuro dei metodi di esecuzione della pena di morte negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 198 ss.

Occorre preliminarmente osservare che, sebbene queste dichiarazioni e dissensi non abbiano alcun valore prescrittivo o di *precedent*, possono comunque essere di ausilio nel valutare e ipotizzare i prossimi sviluppi delle *judicial doctrines* elaborate dalla Corte, fornendo significative indicazioni sulle dialettiche deliberative interne al collegio<sup>7</sup>. Esse, inoltre, offrono il destro per svolgere alcune riflessioni di carattere più generale.

\* \* \*

### 1) *Class v. United States*, 583 U.S. (2018)

[https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-424\\_g2bb.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-424_g2bb.pdf)

Rodney Class veniva incriminato per violazione della disposizione di cui al 40 U.S.C. §5104(e), la quale recita: “*an individual... may not carry ... on the Grounds or in any of the Capitol Buildings a firearm*”. Le forze dell’ordine avevano in precedenza perquisito la sua automobile, lasciata irregolarmente (e volutamente)<sup>8</sup> in sosta sugli spiazzi dinanzi al Campidoglio, rinvenendovi all’interno diverse armi da fuoco di grosso calibro. L’imputato anzitutto sosteneva non doversi procedere nei suoi confronti, alla luce dell’illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, per contrasto con il II Emendamento e con la clausola del *due process* del V Emendamento. Rigettata l’istanza, Class si dichiarava responsabile del reato ascritto e conseguentemente veniva sanzionato a ventiquattro giorni di reclusione e un anno di libertà vigilata, ad esito di udienza celebrata ai sensi della Rule 11(b) delle Federal Rules of Criminal Procedure<sup>9</sup>. Nell’accordo rinunciava espressamente ad una serie di diritti, tra i quali però non compariva la rinuncia espressa a eccepire in appello l’incostituzionalità dello *statute* in forza del quale era stato condannato<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Sul *Writ of Certiorari*, quale metodo fondamentale, e del tutto discrezionale, per “decidere quali casi decidere” da parte della Corte suprema statunitense, cfr. l’accurata indagine di F. FERRARIS, “Rationing Justice”. *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, 2015, 33 ss. Sul significato delle prassi del *dissent from certiorari denial* e dell’*opinion respecting the denial*, v. *ibidem*, 127 ss.

<sup>8</sup> Il caso di Class costituisce manifestazione tipicamente statunitense di strategie, talora stravaganti, di attivismo per la tutela dei diritti, in questo caso in relazione all’accesso e al possesso di armi da fuoco. Sentito dagli agenti dell’FBI, egli dichiarava di essere un “*Constitutional Bounty Hunter*” e un “*Private Attorney General*”, che viaggiava per il paese armato, al fine di fare applicare norme penali federali contro giudici che riteneva avessero agito illegittimamente, v. J. BRAVIN, *Guilty Plea Doesen’t Prohibit*, cit.

<sup>9</sup> V. l’URL [https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11), ultimo accesso 4 aprile 2018. Tale disposizione federale disciplina vari aspetti procedurali (doveri informativi, anche sulla rinuncia in appello all’esercizio di determinati diritti; verifica della validità del consenso; determinazione della base fattuale dell’accordo).

<sup>10</sup> Come si precisa nell’*Opinion of the Court*, Class aveva, da un lato, rinunciato espressamente nel *written plea* ad esercitare diverse categorie di diritti, tra i quali, ad esempio: tutte le *defenses* correlate alla prescrizione; i vari diritti di parte strettamente correlati al processo (*trial rights*); diversi diritti di

Davanti alla *Court of Appeals* Class riproponeva il *constitutional claim*, che nuovamente veniva respinto, poiché – si sosteneva – con il *guilty plea* l'imputato aveva rinunciato, seppur implicitamente, a lamentare l'incostituzionalità della legge in appello.

La *Supreme Court* ha dunque risposto al quesito “*whether a guilty plea by itself bars a federal criminal defendant from challenging the constitutionality of the offense statute*”, con una pronuncia redatta dal giudice Breyer, espressione di una maggioranza *ideologicamente* insolita<sup>11</sup>, formata dai quattro giudici di nomina democratica, più il *Chief Justice* Roberts ed il giudice Gorsuch, statuendo che Class può legittimamente lamentare l'incostituzionalità della legge in *direct appeal*, nonostante gli *waivers* (gli “atti di rinuncia”) nel *guilty plea*, rimandando alla Corte d'appello.

Breyer afferma che: “*In questo caso, Class, ammettendo la propria colpevolezza, non ha rinunciato né espressamente né implicitamente al proprio diritto di lamentare l'incostituzionalità della disposizione. Per come questa Corte le intende, le pretese avanzate in questione non contraddicono i termini dell'atto di accusa o dell'accordo scritto e possono essere risolte sulla base degli atti processuali esistenti. Class intende censurare il potere del Governo di criminalizzare la sua condotta (ammessa) e in tal modo mette in discussione il potere del Governo di “perseguirlo in modo costituzionalmente legittimo”. Un guilty plea non preclude un appello diretto in tali circostanze*” (pp. 7-8).

Il *reasoning* si fonda in larga parte su alcuni precedenti – della stessa Alta Corte e di alcune corti inferiori federali e statali – ove si era sviluppata una *doctrine* che consente all'imputato di dolersi dell'incostituzionalità della legge in appello, nonostante l'ammissione di colpevolezza e la “rinuncia” all'esercizio di determinati diritti, qualora sia posta in discussione la costituzionalità dello *statute* applicato, e, dunque, il potere del *Government* di criminalizzare e punire legittimamente; e, inoltre, i vizi di costituzionalità non attengano ad una fase processuale precedente al *guilty plea*, né siano tali da contraddire, sul piano fattuale, l'ammissione di responsabilità già sottoscritta.

Nello specifico, si tratta dei precedenti *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974), *Menna v. New York*, 423 U.S. 61 (1975) (*per curiam*) e *United States v. Broce*, 488 U.S. 563 (1989).

In *Perry* si riconobbe che, mentre il *guilty plea* preclude di norma la facoltà di dolersi in appello di alcune “*antecedent constitutional violations*”, correlate ad eventi precedenti alla sottoscrizione dell'accordo tra imputato e *prosecutor*, quando il diritto che si intende fa valere implica “*lo stesso potere dello Stato*” di perseguire l'imputato, un precedente *guilty plea* non può di per se stesso impedirne

---

richiedere o ricevere informazioni relative alle indagini ed all'esercizio dell'azione penale. Dall'altro lato, venivano elencati i diritti che Class avrebbe potuto esercitare in seconda istanza: chiedere l'ammissione di nuove prove sopravvenute; lamentare l'*ineffective assistance of counsel*; chiedere l'applicazione di determinate norme sanzionatorie per ridurre la pena.

<sup>11</sup> Lo rileva, tra gli altri, A. WARD, *Supreme Court Ruling Means*, cit.

l'esercizio. Nel caso *Menna*, la Corte confermò che un *guilty plea* non impediva all'appellante di lamentare l'illegittimità costituzionale della normativa applicata, in quanto “*lo Stato non potrebbe condannarlo, a prescindere dalla misura in cui la sua responsabilità sia stata validamente accertata sul piano fattuale*”.

In *Broce*, infine, si ribadì che “*un'ammissione di responsabilità rispetto ad una accusa non implica la rinuncia rispetto ad una pretesa che quell'accusa – considerata in astratto – è un'accusa che lo Stato non può perseguire in modo costituzionalmente legittimo*”.

Ulteriore supporto viene offerto dalla tradizione storica, in particolare da un antico precedente statale della Supreme Judicial Court of Massachusetts del 1869, che si pronunciò sulla “*nature of guilty pleas*”<sup>12</sup>.

Il *reasoning* della maggioranza non persuade i giudici dissenzienti (Alito estensore, insieme a Kennedy e Thomas), i quali sottolineano la grave incertezza della “risposta” fornita dalla Corte, noncurante della necessità che *prosecutors*, imputati e giudici comprendano appieno le conseguenze dei *guilty pleas*. La questione doveva essere risolta – si prosegue – applicando la Rule 11(a)(2) delle Federal Rules of Criminal Procedure, giusto la quale l'imputato, ammettendo la propria responsabilità, rinuncia a eccepire successivamente tutti i vizi, salvo quelli attinenti alla giurisdizione (cd. *nonjurisdictional defects*).

Ciò ammette una sola, circoscritta, eccezione: quella fissata dai precedenti soprarichiamati *Blackledge* e *Menna*, peraltro assai criticati dai *dissenters*, che concludono: “*Riassumendo, la legge che disciplina questo caso è la Rule 11 delle Federal Rules of Criminal Procedure. In forza di quella regola, un guilty plea privo di condizioni implica la rinuncia ad eccepire tutti i vizi non attinenti alla giurisdizione, con la possibile eccezione delle “dottrina Menna-Blackledge”, elaborata anni fa da questa Corte. Quella dottrina è censurabile, non ha solido fondamento, e non produce altro che confusione. Come minimo, io limiterei quella dottrina alla specifica tipologia di eccezioni coinvolte in quei casi. Certamente non ne espanderei la portata. Temo che la decisione odierna tormenterà le corti inferiori*” (pp. 17-18).

Al di là delle diverse argomentazioni sviluppate dalla maggioranza e dai dissenzienti, è opportuno rimarcare, conclusivamente, che la decisione potrà avere importanti effetti *pro-defendants* su larga scala – vista la preminenza “di sistema” del *plea bargaining* – permettendo agli imputati di lamentare il contrasto della norma con la Costituzione in seconda istanza, anche dopo il *guilty plea*, al ricorrere delle condizioni sopra sintetizzate. Come si è osservato: “*la decisione in Class spingerà semplicemente i prosecutors a scrivere rinunce in appello più numerose e più specifiche, e i giudici a prendersi maggior cura in udienza con le parti per chiarire che cosa esattamente viene rinunciato in appello*”<sup>13</sup>. Pur prestando il fianco ad alcune critiche per la sua mancanza di precisione – ben compendiate nell'articolato *dis-*

<sup>12</sup> Cfr. *Commonwealth v. Hinds*, 101 Mass. 209, 210.

<sup>13</sup> R. LITTLE, *Opinion Analysis: Appellate constitutional attacks*, cit.; in senso analogo v. A. Ward, *Supreme Court Ruling Means*, cit.



sent – la “regola” stabilita in *Class* pare in definitiva preservare adeguatamente le esigenze di *fairness* del sistema<sup>14</sup>.

\* \* \*

## 2) *Silvester v. Becerra*, 583 U.S. (2018), THOMAS, J., dissenting from the denial of certiorari

[https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-342\\_4bd5.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-342_4bd5.pdf)

Alcune osservazioni, per contestualizzare meglio il significato del *dissent* di Thomas<sup>15</sup>, prima di discutere il caso.

Come si anticipava, la nota decisione *District of Columbia v. Heller* del 2008, segnando una brusca rottura rispetto ai precedenti della Corte suprema<sup>16</sup> e alle

<sup>14</sup> Così, ancora, R. LITTLE, *Opinion Analysis: Appellate constitutional attacks*, cit.

<sup>15</sup> Sul quale v. criticamente D. CASSENS WEISS, *Second Amendment is a ‘disfavored right’ in the Supreme Court, Thomas says in cert-denial dissent*, all’URL [http://www.abajournal.com/news/article/second\\_amendment\\_is\\_a\\_disfavored\\_right\\_in\\_the\\_supreme\\_court\\_thomas\\_says](http://www.abajournal.com/news/article/second_amendment_is_a_disfavored_right_in_the_supreme_court_thomas_says) in, 20 febbraio 2018; I. MILLHISER, *Justice Thomas delivers pro-gun rant just days after the Parkland shooting*, all’URL <https://thinkprogress.org/justice-thomas-pro-gun-rant-parkland-e08504e87ee3/>, 20 febbraio 2018; G. EPPS, *What Clarence Thomas Gets Wrong About the Second Amendment*, in <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2018/02/clarence-thomas-guns/553910/>, 22 febbraio 2018; E. MYSTAL, *Unaccountable Lifetime Employee Spends 14 Pages Whining Periods As Nation Still Mourns Dead Children*, in <https://abovethelaw.com/2018/02/unaccountable-lifetime-employee-spends-14-pages-whining-about-waiting-periods-as-nation-still-mourns-dead-children/>, 20 febbraio 2018; D. BERMAN, *Dissenting from denial of cert, Justice Thomas complains Second Amendment has become “constitutional orphan”*, all’URL [http://sentencing.typepad.com/sentencing\\_law\\_and\\_policy/2018/02/dissenting-from-denial-of-cert-justice-thomas-complains-second-amendment-has-become-constitutional-o.html](http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2018/02/dissenting-from-denial-of-cert-justice-thomas-complains-second-amendment-has-become-constitutional-o.html), 20 febbraio 2018.

<sup>16</sup> Cfr. in particolare il precedente *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), nel quale la Corte suprema ritenne costituzionalmente conforme al II Emendamento una disposizione penale del National Firearms Act del 1934, applicata ad un soggetto che aveva trasportato nel commercio interstatale una fucile non registrato di tipo “doppietta”, argomentando che: “*In totale assenza di prove che tendano a dimostrare che il possesso o l’utilizzo di un ‘fucile con una canna lunga meno di diciotto pollici’ in questo momento ha una qualche ragionevole relazione con il mantenimento o l’efficienza di un esercito ben organizzato, non possiamo affermare che il Secondo Emendamento garantisce il diritto a possedere e portare tale strumento*”. Secondo l’opinione dissenziente di Stevens in *Heller*, benché il II Emendamento protegga “*un diritto che può essere esercitato dagli individui*”, la sua portata, come determinata dal testo e dalla storia, non supporta in nessun modo una interpretazione tale da “*limitare l’autorità di ogni legislatore di disciplinare gli utilizzi civili privati delle armi da fuoco*” o da evincere che i “*Redattori dell’Emendamento intendessero sancire il diritto di legittima difesa derivante dal common law nella Costituzione*”. La lettura restrittiva del precedente *Miller* da parte della maggioranza è poi un “*drammatico sconvolgimento del diritto consolidato*”, in quanto tale decisione garantiva soltanto la protezione del “*diritto di possedere e portare armi per determinati scopi militari*”, senza “*limitare il potere del Legislatore di disciplinare l’utilizzo non militare e il possesso delle armi*”. Tale impostazione – secondo i dissenzienti – costituisce “*sia la lettura più naturale del testo dell’Emendamento che l’interpretazione più fedele alla storia della sua adozione*”. Cfr. altresì J.P. STEVENS, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, 149-150.



posizioni prevalenti in letteratura<sup>17</sup>, stabiliva la natura di *diritto fondamentale individuale della persona* del “*right to keep and bear arms*” di cui al II Emendamento. Si accantonava così la tradizionalmente più accreditata tesi del “*collective right*”, intimamente collegato al servizio nella “*well regulated militia*”, peraltro più conforme al testo ed alla *ratio* della previsione: la necessità di difesa da parte degli Stati sovrani, rispetto a possibili abusi del Governo, e, specialmente, dell’esercito federale.

Tale approdo interpretativo ha costituito forse il punto più alto nella storia della teoria dell’interpretazione costituzionale originalista-testualista, propugnata con particolare vigore dall’estensore della decisione, Antonin Scalia. La maggioranza riuscì ad argomentare che il *nuovo significato* che si annunciava non era in realtà nient’altro che l’*original public meaning* della disposizione, adottata e ratificata nel 1791.

Questo il formale “travestimento”. Tuttavia, si è persuasivamente osservato come la svolta di *Heller* costituisca il frutto maturo di una lunga e agguerrita *operazione politica*, di *lobbying*, da parte della *National Rifle Association* e del Partito Repubblicano – iniziata negli anni settanta e intensificatasi negli anni ottanta – culminata con uno straordinario esempio di *Conservative Judicial Activism*<sup>18</sup>. Un *nuovo diritto fondamentale* creato in via giudiziale, sotto la guida di giuristi che, per rimediare alle “ferite” delle stagioni “attiviste” delle Corti Warren e Burger, avevano fatto del *Judicial Restraint* e della stretta interpretazione testuale i capisaldi della rivoluzione conservatrice e della rinnovata legittimazione del potere giudiziario<sup>19</sup>.

Per quanto estremamente innovativa, *Heller* (per come poi confermata ed estesa in *McDonald*) – al di là di alcune distorte rappresentazioni mediatiche – resta una sentenza cauta e sostanzialmente limitata nelle sue affermazioni.

Non si mette in discussione la consolidata presunzione di legittimità costituzionale di quell’ampio novero di normative e provvedimenti – peraltro assi diverse da Stato a Stato e nelle varie realtà locali – che limitano le categorie di soggetti che possono acquistare, possedere e portare in pubblico armi da fuoco, ovvero pongono restrizioni all’acquisto e/o possesso di specifiche tipologie di armi (ad es.

<sup>17</sup> V. ad es. L. TRIBE-J. MATZ, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, 154 ss.; E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 941 ss.

<sup>18</sup> Tra numerosi contributi, quello che forse ha illustrato più efficacemente tale dinamica è di R.B. SIEGEL, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, in *Harv. L. Rev.*, 2008, 191 ss.; utile anche la ricostruzione di J. TOOBIN, *The Obama White House and the Supreme Court*, New York, 2012, 98-115; nella letteratura italiana v. in proposito A. TESTI, *Un movimento conservatore di successo. Il trionfo dei gun rights*, in *Il Mulino*, 2016, 5, 797 ss. Un dettagliato resoconto di taglio più giornalistico in G. ZAGNI, “Una Milizia ben organizzata”, disponibile all’URL <https://www.ilpost.it/2012/12/17/armi-stati-uniti-2/>, 17 dicembre 2012.

<sup>19</sup> E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2011, 191-192, osserva che “è accurato affermare che il Secondo Emendamento è l’unico nuovo diritto riconosciuto dalla Corte negli ultimi 35 anni per il quale essa ha approvato qualcosa di più di una *controllo minimale di razionalità*. Difficilmente è una coincidenza che questa interpretazione si combini perfettamente con l’ideologia politica conservatrice”.

armi d'assalto o militari), o ancora vietano di recarsi armati in determinati “luoghi sensibili”.

Le parole di Scalia rendono bene l'idea della portata non assoluta, sempre da bilanciare con il *public safety interest*, del diritto individuale derivante dal II Emendamento: “Come la maggior parte dei diritti, il diritto garantito dal Secondo Emendamento non è illimitato. Dall'epoca di Blackstone fino ai casi del diciannovesimo secolo, i commentatori e le corti hanno regolarmente spiegato che il diritto non fosse un diritto a detenere e portare qualunque tipo di arma in qualunque modo per qualsivoglia scopo. Per esempio, la maggioranza delle corti del diciannovesimo secolo che hanno valutato la questione hanno affermato che le proibizioni di portare addosso armi occultate fossero legittime in base al Secondo Emendamento o agli omologhi statali. Benché oggi non intraprendiamo una analisi storica esaustiva della piena portata del Secondo Emendamento, niente nella nostra decisione deve essere inteso come elemento di dubbio sulla legittimità delle tradizionali proibizioni del possesso di armi da fuoco per i soggetti gravati da precedenti penali e per i malati mentali, o delle leggi che vietano di portare armi da fuoco in luoghi sensibili come scuole o sedi governative, o delle leggi che impongono condizioni e requisiti sulla vendita commerciale delle armi”<sup>20</sup>.

Nonostante tali precisazioni, lo scenario successivo, relativamente all'esatta portata del diritto e, conseguentemente, allo specifico *standard of review* al quale sottoporlo nel controllo di costituzionalità<sup>21</sup>, è stato dominato da grande incertezza.

<sup>20</sup> In base a queste premesse, ad es., sono state regolarmente ritenute legittime dalle corti federali normative penali federali che proibiscono l'acquisto e il possesso di armi da parte dei *felons*, di soggetti già condannati per *misdemeanors* di violenza domestica o sottoposti a ordini di protezione in ambito familiare, tossicodipendenti, e anche gli aumenti di pena (*sentencing enhancements*) per il possesso di armi da fuoco nel corso della commissione di altri delitti. Un quadro più dettagliato nel Report del Congressional Research Service a cura di S.H. HERMAN, *Post-Heller Second Amendment Jurisprudence*, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44618.pdf>, 21 novembre 2017.

<sup>21</sup> Cfr. sul punto ancora S.H. HERMAN, *Post-Heller*, cit., 15-16, la quale osserva che la maggioranza delle corti federali inferiori impiega uno scrutinio intermedio. È noto che nel sistema di *judicial review* statunitense, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e dell'*equal protection analysis*, le leggi e i provvedimenti vengono sindacati con un sistema “a tre velocità”. Il cd. *rational basis test*, controllo estremamente deferenziale di non manifesta irrazionalità (ad es. sulla legislazione economico-sociale), in base al quale la legge viene giudicata legittima se in grado di perseguire ragionevolmente qualsivoglia legittimo interesse statale ipotizzabile. Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia “sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo”. In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo “importante”. I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve credere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che “le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da

Nel corso di dieci anni, numerosissimi ricorsi, avverso diverse tipologie di *regulations* (ad es. divieti di possesso di armi d'assalto o restrizioni al diritto di portare armi "nascoste" in pubblico), non hanno convinto la Corte suprema a concedere il *certiorari* per meglio precisare portata, limiti e specifico *level of scrutiny* con il quale dev'essere vagliata la legittimità di tali misure<sup>22</sup>.

L'ambiguità della *Law of the Land*, e la correlata, intensa, *litigation* sul II Emendamento, inoltre, determinano una sorta di cd. *chilling effect* sui legislatori e sulle autorità locali che intendono adottare misure normative e/o provvedimenti tali da incidere sul diritto in questione, incerte se esse supereranno il *constitutional muster*.

In questo contesto si colloca l'opinione commentata del giudice Thomas.

Egli si conferma una volta di più "*conservative intellectual pathbreaker*"<sup>23</sup>, apripista e "sperimentatore" nell'elaborazione di dottrine conservatrici, un vero *cultural warrior*, come attestano diversi passaggi argomentativi.

Questo l'oggetto della *petition for a writ of certiorari*: la particolarmente restrittiva disciplina penale californiana (Cal. Pen. Code Ann. §§ 26815), che prevede, per potere acquistare tutte le tipologie di armi da fuoco, un "*waiting period*" di

---

*ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione*"; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che "*la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di commercial speech ha l'onere di giustificarla*". Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (c.d. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui c.d. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e d'espressione. Per ulteriori approfondimenti sui c.d. *tiers of review* cfr. E. CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit., 683 ss. Per la nascita dello scrutinio a tre livelli v. la fondamentale decisione *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

<sup>22</sup> V. al proposito le considerazioni di M. FORD, *Have the Justices Gone Gun-Shy ?*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/12/supreme-court-gun-rights/419160/>, 7 dicembre 2015. G. EPPS, *What Clarence Thomas Gets Wrong*, cit., offre una sintetica rassegna dei numerosi casi in cui la Corte suprema ha rifiutato di concedere *certiorari*, con il costante disaccordo espresso da Thomas.

<sup>23</sup> Su questo profilo v. le osservazioni di J. TOOBIN, *The Obama White House*, cit., 104, 242 ss.; L. TRIBE-J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., 163, secondo i quali Thomas "*spesso gioca un ruolo chiave nello spingere la Corte verso l'elaborazione di dottrine conservatrici innovative*". Non è certo un caso che sia stata proprio una sua opinione concorrente nel caso *Printz v. United States*, 521 U.S. 598 (1997), cavalcando l'onda politica, accademica e giudiziaria del movimento conservatore, a esplicitare per la prima volta in un caso dinanzi alla Alta Corte la natura di diritto individuale della clausola del Secondo Emendamento, poi fatta propria dalla maggioranza undici anni dopo in *Heller*.

dieci giorni. Lo scopo della disposizione è duplice: da un lato, consentire che vengano svolti tutti gli opportuni controlli sugli acquirenti (i cd. *background checks*); dall'altro, prevedere un cd. *cooling-off period*, un periodo di dieci giorni in cui gli individui che potrebbero comprare armi (o incrementare il proprio arsenale) per utilizzarle contro sé stessi o contro altri possano riflettere e calmarsi, desistendo dai propri propositi violenti. Dunque, uno scopo di prevenzione di atti di violenza.

Thomas, oltre a censurare lo *standard* di controllo – a suo avviso eccessivamente blando e deferenziale – in esito al quale la Corte d'appello del Nono Circuito ha confermato la legittimità della disposizione, coglie l'occasione per sferrare uno sferzante attacco *ideologico* ai suoi colleghi. Egli argomenta: *“La deviazione del Nono Circuito dagli ordinari principi del diritto è infelice, ma non sorprendente. Il suo trattamento sprezzante delle impugnazioni dei ricorrenti è rappresentativo di una più ampia tendenza. Come ho spiegato precedentemente, le corti inferiori stanno opponendo resistenza alle decisioni di questa Corte in Heller e McDonald e non stanno riuscendo a proteggere il Secondo Emendamento nella stessa misura in cui proteggono altri diritti costituzionali. Questo doppio standard è evidente se si considerano altri casi nei quali il Nono Circuito applica uno scrutinio più penetrante. Esso ha invalidato una legge dell'Arizona, per esempio, in parte perché essa ‘ritardava’ le donne che cercano di abortire. La corte d'appello ha ritenuto importante in quel caso, ma non in questo, che lo Stato ‘non avesse avanzato nessun tipo di prova che la legge effettivamente perseguisse il suo interesse’ e ‘nessuna prova che tale asserito pericolo esistesse e si fosse mai verificato’. Analogamente, il Nono Circuito ha invalidato un provvedimento di contea che prevedeva un periodo d'attesa di 5 giorni per l'ottenimento di autorizzazione per l'attività di danze di spogliarello, perché esso ‘impediva in modo irragionevole ad un danzatore l'esercizio di diritti protetti dal I Emendamento mentre l'istanza per l'autorizzazione era pendente’. Il Nono Circuito ha ritenuto risolutivo in quel caso, ma non in questo, che la contea ‘non era in grado di dimostrare la necessità del periodo di cinque giorni di attesa’. In un altro caso, il Nono Circuito ha statuito che leggi che adottano il matrimonio tradizionale non resistono ad un vaglio di costituzionalità rafforzato perché gli Stati non avevano presentato ‘nessuna prova’ se non ‘congetture e asserzioni apodittiche’. Nonostante tali leggi rispecchino la saggezza di ‘migliaia di anni di storia umana in ogni società che si sa abbia popolato il pianeta’, esse hanno affrontato uno scrutinio molto più esigente rispetto al nuovo ed insolito periodo di attesa per l'acquisto di armi da fuoco. Nel Nono Circuito, sembra, diritti che non hanno alcun fondamento nella Costituzione ricevono maggiore protezione del Secondo Emendamento, che è espressamente enumerato nel testo. Il nostro continuo rifiuto a giudicare nel merito casi relativi al Secondo Emendamento non fa altro che incoraggiare questa ribellione. Non abbiamo giudicato un caso sul Secondo Emendamento per quasi otto anni. E non abbiamo chiarito con esattezza quale sia lo standard per valutare le doglianze per violazione del Secondo Emendamento per quasi dieci. Nel frattempo, soltanto quest'anno, abbiamo ritenuto di giudicare nel merito almeno cinque casi riguardanti il Primo Emendamento e quattro casi relativi al Quarto Emendamento – benché la nostra giurisprudenza riguardante quei diritti*

*sia molto più sviluppata. Se questo caso avesse coinvolto uno tra i diritti preferiti dalla Corte, io dubito sinceramente che noi avremmo negato il certiorari ... la Corte considererebbe nel merito questi casi perché aborto, libertà d'espressione e quello protetto dal Quarto Emendamento sono tre dei suoi diritti preferiti. Il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte. E le corti inferiori sembrano avere colto il messaggio. Quasi otto anni fa, questa Corte ha dichiarato che il Secondo Emendamento non è 'un diritto di seconda classe, soggetto ad un corpo di regole interamente diverso rispetto alle altre garanzie della Dichiarazione dei Diritti'. Rifiutando di giudicare sentenze come quella in questione, indeboliamo quella dichiarazione. Perché io credo ancora che il Secondo Emendamento non possa essere 'selezionato per un trattamento speciale – e specialmente favorevole', rispettosamente dissento”.*

Il *dissent*, oltre a colpire negativamente per il *timing*, di poco successivo all'ennesima strage, offre molteplici spunti di riflessione. Qui vorrei concentrarmi su tre aspetti in particolare.

Anzitutto – come s'è rilevato<sup>24</sup> – deve rimarcarsi che la lettura esasperatamente individualista-libertaria di Thomas sembra attualmente non avere persuaso nessuno dei suoi colleghi (neppure Gorsuch, il giudice a lui più vicino ideologicamente).

Questo stato delle cose, tuttavia, potrebbe mutare con la futura nomina di nuovi *Justices* da parte di Donald Trump, portando alla Corte i quattro voti necessari – in base alla cd. *Rule of Four* – a valutare una *petition* nel merito, con una possibile ulteriore espansione della portata del diritto di cui al II Emendamento<sup>25</sup>.

Occorre rilevare, in secondo luogo, che la prospettiva espressa da Thomas, specialmente nella parte in cui castiga la Corte per il trattamento peggiore che essa riserverebbe al II Emendamento rispetto ad altri diritti fondamentali, risulta a dir poco censurabile.

La fondamentale differenza tra diritto a possedere e portare armi e altri diritti fondamentali – si è giustamente fatto notare<sup>26</sup> – si pesa anche (se non soprattutto)

<sup>24</sup> I. MILLHISER, *Justice Thomas delivers pro-gun rant*, cit.; D. BERMAN, *Dissenting from denial of cert*, cit.

<sup>25</sup> In questo senso v. ad es. C. LANE, *A Supreme Court shaped by Trump could decide gun control*, all'URL [https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7\\_story.html?utm\\_term=.15ab3ea2cf4e](https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7_story.html?utm_term=.15ab3ea2cf4e), 21 febbraio 2018.

<sup>26</sup> Mi convincono le parole di G. EPPS, *What Clarence Thomas Gets Wrong*, cit.: “È davvero sorprendente che il Primo Emendamento protegga la libertà di parola in maniera diversa rispetto a come il Secondo Emendamento protegge l'accesso alle pistole? La parola non è violenza; neppure i più aggressivi critici dell'hate speech sosterebbero che 'parole d'odio' o simboli potrebbero uccidere 17 persone in pochi minuti. Infatti, il fondamento dell'ampia protezione garantita all'espressione è esattamente il fatto che essa consente al dissenso di emergere senza violenza; il Secondo Emendamento non gioca – e non può giocare – un ruolo simile nella nostra vita politica ... nella opinione dissenziente di martedì, Thomas si è lamentato 'che il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte'. Ma in un mondo in cui contano le conseguenze, la scelta della metafora dell'orfano è particolarmente infelice: le armi da fuoco in America hanno creato veri orfani in ogni città ed in ogni Stato. Nessun diritto che mi venga in mente ha avuto gli stessi effetti. La costante crescita delle stragi da



sul piano delle conseguenze dell'esercizio di tali diritti. Conseguenze che in un caso hanno molta più probabilità di essere letali per la vita delle persone. Occorre dunque sempre bilanciare accuratamente la libertà del singolo a fronte della necessità di tutela della società: gli approcci rigidi e assolutistici non possono funzionare.

L'ultimo profilo – che qui preme soltanto accennare<sup>27</sup>, perché assai ampio e complesso – è quello relativo al *ruolo politico* della Corte suprema nell'emergenza relativa ai *mass shootings*.

In altri termini, quali sono le responsabilità, se ci sono, del massimo organo giudiziario statunitense rispetto a tali episodi? Come si colloca la *jurisprudence* costituzionale nel suo rapporto con la scarsa efficacia delle politiche di prevenzione della violenza da armi da fuoco, intesa come problema sociale?

Un primo dato: sebbene i *mass shootings* negli ultimi dieci anni (si ricordi che la svolta di *Heller* è del 2008) siano aumentati<sup>28</sup>, essi costituiscono pur sempre un'eccezione – per quanto, comprensibilmente, assai visibile – rispetto al trend generale degli ultimi dieci anni di costante e significativo declino della criminalità violenta, specialmente urbana, negli U.S.A.<sup>29</sup>.

Non essendo dunque agevole stabilire un nesso preciso tra sviluppi giurisprudenziali e fatti di violenza, molti, tra cui anche i sostenitori di misure di limitazione all'accesso e possesso di armi da fuoco più restrittive, tendono a non considerare la Corte suprema un “*major player*” in questo ambito.

Come rilevato sopra – si ragiona – le pronunce della Corte lasciano pur sempre un ampio spazio di manovra ai legislatori e alle autorità locali nella regolamentazione delle varie fattispecie.

---

*armi da fuoco negli Stati Uniti sta degradando la nostra vita pubblica, deformando il nostro sistema di istruzione, e mettendo a repentaglio la nostra stessa esistenza come nazione invece di una distopia Hobbesiana. Per Thomas, però, queste conseguenze – le famiglie massacrate, i bambini morti, le esercitazioni in caso di 'active shooter' nelle nostre scuole, l'umiliazione nazionale di essere la sola tra le nazioni più importanti ad avere un problema di stragi – sono semplicemente irrilevanti. 'C'è il pericolo' – scrisse una volta il giudice Jackson in un altro contesto – 'che, se la Corte non contempera la sua logica giuridica dottrinarica con un poco di saggezza pratica, essa trasformerà la Dichiarazione dei Diritti in una via per il suicidio'. Bene, per Dio, per come interpreto io la Dichiarazione dei Diritti, essa non è neanche una via per l'omicidio'.*

<sup>27</sup> Prendo spunto dalle interessanti riflessioni di M.C. DORF, *Mass Shootings and the Supreme Court*, all'URL <https://verdict.justia.com/2018/02/21/mass-shootings-supreme-court>, 21 febbraio 2018.

<sup>28</sup> V. ad es. B. BERKOWITZ-D. LU-C. ALCANTARA, *The terrible numbers that grow with each mass shootings*, disponibile all'URL [https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/national/mass-shootings-in-america/?utm\\_term=.77c85e975765](https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/national/mass-shootings-in-america/?utm_term=.77c85e975765), 8 gennaio 2011, aggiornato al 14 febbraio 2018.

<sup>29</sup> Le cifre attestano circa il 75% di calo dei reati violenti, salvo rare eccezioni in alcune metropoli, come Chicago e Baltimora, che, peraltro, alimentano la datata retorica *Tough on Crime* di Trump e del Ministro della Giustizia Sessions. Sul punto si può vedere di recente il volume di P. SHARKEY, *Uneasy Peace. The Great Crime Decline, the Renewal of City Life, and the Next War on Violence*, New York, 2018, discusso nella interessante recensione di A. GOPNIK, *After the Fall. Drawing the right lessons from the decline in violent crime*, in *The New Yorker*, 12 & 19 febbraio, 2018, 92 ss.



Inoltre, la *scelta politica* di non ritornare sul diritto proclamato nel 2008, confermando così di fatto le decisioni delle corti federali inferiori, tutte sostanzialmente reiettive dei prospettati profili d'incostituzionalità per violazione del II Emendamento, ha portato alcuni a ritenere che la Corte suprema sia, allo stato attuale, l'“*alleato silenzioso*” del movimento popolare di protesta per una maggiore regolamentazione dell'accesso e del possesso dell'armi, esploso dopo la strage di Parkland<sup>30</sup>; tale inerzia legittimerebbe poi gli Stati a introdurre discipline più stringenti (come ad esempio avvenuto in Florida, all'indomani della strage, dove il Parlamento ha introdotto varie misure per limitare l'accesso alle armi, tra cui l'aumento dell'età minima per l'acquisto a 21 anni)<sup>31</sup>.

Si tratta certamente di ipotesi plausibili, ma che forse trascurano un dato di estrema rilevanza: quella che è stata definita la “*importanza simbolica*” delle decisioni dell'Alta Corte, da intendersi quali “*moral guidance*” e insegnamento per la comunità.

Come si è osservato<sup>32</sup>, gli effetti di decisioni come *Heller*, che, da un lato, ha consolidato definitivamente la legittimazione della tesi *libertarian* del diritto individuale, e dall'altro ha provocato un intenso “*backlash*”, una reazione negativa di parte dell'opinione pubblica, polarizzando sul piano politico la questione, si misurano più fedelmente sul piano *culturale* che su quello strettamente *giuridico*.

Non è dunque – si prosegue – la regola giuridica costituzionale fissata in *Heller*, di per sé molto limitata, a impedire politiche efficaci di prevenzione e neutralizzazione del rischio di violenza da armi da fuoco, ma il suo *significato politico*, ben più ampio, nella coscienza collettiva e nell'immaginario pubblico (“*the Heller that exists in the public opinion is not the Heller of technical legal doctrine ... it stands roughly for a principle of firearm libertarianism that transcends the limits the Heller Court itself articulated*”).

In definitiva, i precedenti e la giurisprudenza costituzionale della Corte non supportano l'“*assolutismo dei gun rights*” direttamente, ma soltanto attraverso il filtro della “*rhetoric of constitutional politics*”, in uno scenario altamente conflittuale, rendendo più difficile l'adozione di misure di *gun control* efficaci.

Ad attestare la lacerante divisione politica sul tema, si veda infine la recente presa di posizione del giudice ritirato John Paul Stevens – lungamente leader dell'ala progressista della Corte e autore del *dissent* in *Heller* – il quale, in un *Op-Ed* sul *New York Times*, ha elogiato l'attivismo *pro gun control* dei giovani studenti<sup>33</sup> e

<sup>30</sup> In tale direzione cfr. M. FORD, *The Gun Control Movement's Silent Ally: The Supreme Court*, all'URL <https://newrepublic.com/article/147189/gun-control-movements-silent-ally-supreme-court>, 26 febbraio 2018.

<sup>31</sup> Cfr. *amplius* M. SCHERER, *Florida legislature backs new gun restrictions after Parkland school shooting*, all'URL [https://www.washingtonpost.com/politics/florida-legislature-backs-new-gun-restrictions-after-parkland-school-shooting/2018/03/07/f97057ea-2229-11e8-badd-7c9f29a55815\\_story.html?utm\\_term=.b675d51c94a0](https://www.washingtonpost.com/politics/florida-legislature-backs-new-gun-restrictions-after-parkland-school-shooting/2018/03/07/f97057ea-2229-11e8-badd-7c9f29a55815_story.html?utm_term=.b675d51c94a0), 7 marzo 2018.

<sup>32</sup> M.C. DORF, *Mass Shootings*, cit.

<sup>33</sup> Sul movimento di protesta c.d. *Never Again* v. ad es. E. WITT, *Urgency and Frustration: The*

dichiarato apertamente che l'unico modo per cercare di scongiurare ulteriori tragedie come quella di Parkland sarebbe la (invero molto difficile) abrogazione del II Emendamento, “*una reliquia del diciottesimo secolo*”<sup>34</sup>.

Insomma – come si è visto – l'invettiva del giudice Thomas si inserisce in un ampio e complesso contesto di conflitti politici, ideologici, culturali e giudiziari interni alla società statunitense. Non resta che vedere se la Corte continuerà su questa linea, senza intervenire chiarendo i contorni del *right to keep and bear arms*, ovvero, gettando ulteriore benzina sul fuoco della *Culture War*, seguirà gli arditi suggerimenti di Thomas. La presidenza Trump e la anzianità di diversi membri moderati della Corte, in questo senso, non sono di certo ottimi auspici.

\* \* \*

**3) *Hidalgo v. Arizona*, 583 U.S. (2018), Statement of JUSTICE BREYER, with whom JUSTICE GINSBURG, JUSTICE SOTOMAYOR and JUSTICE KAGAN join, respecting the denial of certiorari**

[https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-251\\_6537.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-251_6537.pdf)

L'ultimo caso che trattiamo riguarda un ricorso proposto da Abel Hidalgo<sup>35</sup>, condannato alla pena di morte in Arizona per un duplice omicidio commesso nel 2000.

Il ricorrente chiedeva alla Corte suprema, anzitutto, di rivalutare la conformità *di per sé* della pena di morte all'VIII Emendamento, che vieta le pene “crudeli ed inusuali” (in base alla nota dottrina degli “*evolving standards of decency*”). Si lamentava inoltre un più specifico vizio della normativa dell'Arizona, ponendo la questione: “*Se la normativa sanzionatoria capitale dell'Arizona, nella misura in cui include così tante circostanze aggravanti che praticamente ogni imputato condannato per omicidio volontario aggravato può normativamente essere punito con la morte, contrasta con l'Ottavo Emendamento*”.

La Corte non ha ritenuto di giudicare nel merito nessuna delle due questioni, ma è interessante svolgere alcune considerazioni in relazione alla seconda di esse, traendo spunto dallo *statement* del giudice Breyer.

La questione giuridica riguarda la complessa dottrina del cd. *narrowing*<sup>36</sup>, svi-

---

*Never Again Movement Gathers Momentum*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/news-desk/urgency-and-frustration-the-never-again-movement-gathers-momentum>, 23 febbraio 2018.

<sup>34</sup> J.P. STEVENS, *John Paul Stevens: Repeal the Second Amendment*, all'URL <https://www.nytimes.com/2018/03/27/opinion/john-paul-stevens-repeal-second-amendment.html>, 26 marzo 2018.

<sup>35</sup> Cfr. A. HOWE, *Justices decline to weigh in on constitutionality of death penalty*, all'URL <http://www.scotusblog.com/2018/03/justices-decline-weigh-constitutionality-death-penalty/>, 19 marzo 2018; *United States Supreme Court Decisions: 2017-2018 Term*, all'URL <https://deathpenaltyinfo.org/unit-ed-states-supreme-court-decisions-2017-2018-term>, 22 marzo 2018.

<sup>36</sup> Per approfondimenti dottrinali sul punto v. C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death. The Su-*

luppata nella *capital jurisprudence* della Corte quale “*requisito costituzionalmente necessario*” delle disposizioni normative che elencano le cd. *aggravating circumstances*. Esse devono essere in grado di *selezionare*, già sul piano normativo-astratto (della cd. *eligibility*) – distinto, si badi, da quello in cui in concreto la *sentencing authority* valuta se irrogare effettivamente la pena capitale, o eventualmente risparmiare la vita dell'imputato con atto di grazia (*mercy*), per la sussistenza di cd. *mitigating circumstances* (fase della cd. *selection*) – le fattispecie di omicidio volontario così gravi da meritare l'estrema sanzione.

Uno scopo, dunque, di *effettivo restringimento* delle tipologie di omicidio, da perseguire attraverso la fissazione di circostanze aggravanti *determinate*, tali da svolgere con efficacia suddetto “filtro”.

Obiettivo che è inevitabilmente frustrato se tutti gli omicidi volontari, di fatto – come nel caso oggetto di ricorso – vengono ricompresi in una eccessivamente ampia (*overbroad*) rete di aggravanti normativamente previste, e non sussistono ulteriori meccanismi in grado di rimediare a tale sovrainclusività.

Nel suo *statement* Breyer, dopo avere ripercorso il *case-law* in materia di cd. *narrowing*<sup>37</sup>, precisa che esso può essere soddisfatto attraverso due diverse modalità.

In primo luogo, è possibile che il legislatore definisca, tipicizzandolo in modo specifico e circoscritto, il reato di omicidio punibile con la pena capitale<sup>38</sup>; in alternativa, occorre che venga legislativamente delineata la fattispecie in termini più ampi, ma siano previste in via tassativa le circostanze aggravanti, al ricorrere delle quali il reo è astrattamente sottoponibile alla *death penalty*.

La seconda strada è quella scelta dall'Arizona.

In base al quadro normativo (Ariz. Rev. Stat. Ann. §§ 13-1105(A)(1)-(2) (2010)), tutti gli omicidi volontari e le ipotesi di c.d. *felony murder* (omicidio durante la commissione di un altro delitto) sono sanzionabili con la morte, ma sono contemplati ben 14 *aggravating factors* (cfr. Ariz. Rev. Stat. Ann. §§ 13-751(F)) (Cum. Supp. 2017), uno dei quali deve necessariamente integrarsi per la cd. *death eligibility*.

Un novero di circostanze così ampio e variegato, in definitiva onnicomprensivo<sup>39</sup> – sosteneva Hidalgo – rende di fatto astrattamente applicabile l'estrema sanzione a *tutti* gli omicidi volontari in Arizona. L'imputato chiedeva pertanto di

---

*preme Court and Capital Punishment*, Cambridge (Ma)-London, 2016, 158-163, 181-182; C.C. SHARON, *The “Most Deserving” of Death: the Narrowing Requirement and the Proliferation of Aggravating Factors in Capital Sentencing Statutes*, in *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 2011, 223 ss.; J.S. LIEBMAN-L.C. MARSHALL, *Less is Better: Justice Stevens and the Narrowed Death Penalty*, in *Ford. L. Rev.*, 2006, 1607 ss.

<sup>37</sup> Cfr. ad es. *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 231, 878, ove si statuisce: “*Le circostanze aggravanti normativamente previste svolgono una funzione costituzionalmente necessaria al livello della definizione legislativa: esse circoscrivono la classe di persone che può astrattamente essere sanzionata con la morte*”.

<sup>38</sup> Ad esempio le legislazioni di Texas e Louisiana scelgono quest'opzione.

<sup>39</sup> Tra le quattordici circostanze aggravanti previste, la n. 7 è quella più evidentemente viziata da carenza di tassatività: “*L'imputato ha commesso il reato in una maniera specialmente odiosa, crudele o depravata*”.

celebrare un'udienza probatoria al fine di dimostrare, attraverso perizie e prove documentali, che nella Contea di Maricopa, dove era stato perseguito e condannato, ricorreva almeno una delle circostanze aggravanti in ben 856 processi per omicidio volontario su 866, in pratica nel 98% dei casi, tra il 2002 e il 2012.

Il requisito costituzionalmente imposto di cd. *narrowing* era perciò sostanzialmente eluso, in violazione dei *precedents* della Corte suprema: la normativa era inidonea a filtrare “a monte” i rei più meritevoli della pena di morte, e i pochi soggetti condannati e messi a morte venivano selezionati in base a fattori arbitrari ed irrazionali.

La corte distrettuale rigettava l'istanza di udienza e la Corte suprema statale confermava tale decisione. Non si confutava l'asserzione “in fatto” dell'imputato, basata sulle statistiche, ma si argomentava che i meccanismi apprestati dalla normativa erano sufficienti a soddisfare il requisito costituzionale di “*selezione normativa*”; inoltre, un reale riduzione degli omicidi punibili con la morte poteva conseguirsi grazie alla scelta discrezionale dei *prosecutors*.

Breyer manifesta disaccordo rispetto ad entrambe le tesi della *Supreme Court* statale.

Ritiene che essa abbia applicato erroneamente al caso di specie il precedente della Corte suprema – che impone un *narrowing* effettivo già a livello legislativo, non sostituibile da scelte discrezionali dell'accusa – ma nondimeno aderisce alla decisione di non giudicare il ricorso nel merito.

Poiché Hidalgo non ha avuto modo di sviluppare sul piano fattuale i suoi argomenti in un'udienza probatoria, non ci sono sufficienti informazioni empirico-fattuali agli atti. Quindi, pur sussistendo un importante profilo di frizione con la Costituzione, esso potrà eventualmente essere accertato nel merito solo quando verrà presentato alla Corte un quadro più ricco da parte di qualche altro *capital defendant*.

La dichiarazione di Breyer, però, punta il dito opportunamente su una patologia fondamentale e da tempo nota dei *capital sentencing schemes*.

All'indomani della conferma della legittimità del modello di cd. *guided discretion* – in seguito ai precedenti *Furman v. Georgia* e *Gregg v. Georgia*<sup>40</sup> – che subordinarono la possibilità di irrogare la più severa delle pene al previo accertamento da parte della giuria di una o più circostanze aggravanti normativamente predeterminate, gli Stati hanno introdotto diverse circostanze, seguendo principalmente il Model Penal Code (MPC).

Per vero, lo stesso *statute* ritenuto legittimo in *Gregg* prevedeva una aggravante in base alla quale l'omicidio, per essere sanzionabile con la morte, doveva esser giudicato “*outrageously or wantonly vile, horrible or inhuman in that involved torture, depravity of mind, or an aggravated battery to the victim*”. Altre definizioni normative statali erano contraddistinte dalla stessa vaghezza e imprecisione. Come si rileva in dottrina: “*Fattori aggravanti eccessivamente ampi e di natura soggettiva*

<sup>40</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) e *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

*tradiscono entrambi gli apparenti scopi del narrowing in sede legislativa: non riescono a limitare l'applicabilità della pena di morte in termini assoluti ad una ristretta cerchia di re, e non riescono ad offrire avviso anticipato delle opinioni della comunità sui reati che meritano la morte*"<sup>41</sup>.

Benché la Corte suprema abbia successivamente invalidato un sentenza di condanna a morte basata sull'accertamento della sola aggravante per un omicidio "oltraggiosamente e immotivatamente vile", perché inidonea "a fornire un fondamento significativo per distinguere i pochi casi in cui la pena di morte è inflitta dai molti nei quali non è inflitta"<sup>42</sup>, in molti casi successivi essa ha avallato scelte legislative altrettanto censurabili per imprecisione, confidando erroneamente in prassi di "interpretazione restrittiva" (*limiting construction*) da parte dei giudici statali<sup>43</sup>.

Di pari passo con l'attitudine rinunciataria della Corte, i legislatori hanno via via allungato gli elenchi di aggravanti – operazione dimostratasi "politicamente irresistibile"<sup>44</sup> – determinando un'espansione della "death penalty net", che non solo frustra ogni possibile selezione, ma anzi provoca l'effetto opposto, come ampiamente documentato<sup>45</sup>.

Insomma, Breyer sollecita i colleghi a monitorare, e se del caso censurare, uno dei tanti profili d'arbitrio nella prassi applicativa della pena di morte, che attestano il fallimento dello sforzo regolatore della Corte, di recente fotografato in questi termini: "In definitiva, lo sforzo per raggiungere un effettivo restringimento attraverso le circostanze aggravanti è fallito. Prima di Furman, i giurati potevano irrogare la pena di morte fondamentalmente a tutti gli autori di reati di omicidio volontario. Dopo Furman, l'enumerazione da parte degli Stati di fattori aggravanti numerosi e ampi, insieme all'approccio minimalista della Corte nel sindacato, lasciano i giurati praticamente nella stessa posizione – salvo che adesso

<sup>41</sup> C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 159.

<sup>42</sup> *Godfrey v. Georgia*, 446 U.S. 420 (1980).

<sup>43</sup> Il riferimento è ai casi *Walton v. Arizona*, 497 U.S. 639 (1990), che confermò la legittimità un'aggravante della normativa dell'Arizona che rendeva l'omicidio punibile con la morte se commesso in un modo "specialmente odioso, crudele, o depravato" e *Arave v. Creech*, 507 U.S. 463 (1993), ove si ritenne conforme all'VIII Emendamento il fattore aggravante nella legislazione dell'Idaho che disponeva se "In base all'omicidio, o alle circostanze relative alla sua commissione, l'imputato abbia mostrato un completo disprezzo per la vita umana".

<sup>44</sup> Come illustra S. TUROW: "una normativa è approvata con un elenco di fattori aggravanti, e poi impulsi strutturali spesso spingono quell'elenco a diventare sempre più lungo dato che vengono aggiunti nuovi aggravanti" ... "L'animo furioso di dolore e rabbia che i casi peggiori ispirano inevitabilmente manderà in corto circuito la nostra capacità di valutazione ... e la fondamentale eguaglianza della perdita di ogni sopravvissuto, e la maniera in cui le ostinate immaginazioni di criminali ci continuano a sorprendere, causerà inevitabilmente l'espansione delle categorie di applicabilità della pena capitale, una china scivolosa di 'che cosa fare con lui?'" , passaggio riportato da C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 161.

<sup>45</sup> Lo studio più noto sulla problematica è probabilmente ancora quello condotto negli anni ottanta dal prof. Baldus, incentrato sullo Stato della Georgia, richiamato da C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 161-162, secondo cui l'86% degli omicidi volontari accertati in Georgia rientrano nella rete di aggravanti.

è più probabile che essi credano che il reato oggetto di giudizio è specialmente meritevole della pena di morte”<sup>46</sup>.

Gli insoddisfacenti approdi della giurisprudenza costituzionale in materia, in definitiva, confermano appieno quanto veniva evidenziato già dal secondo giudice Harlan nel caso *McGautha v. California*, che rigettava le questioni di costituzionalità contro le normative sanzionatorie capitali, allora vigenti nel modello ante-*Furman* e *Gregg*, caratterizzato da una discrezionalità svincolata dalla legge (cd. *standardless discretion*), in base alle quali le giurie potevano arbitrariamente sanzionare con la morte, senza prima accertare la sussistenza di alcuna aggravante normativamente prevista: “Identificare prima del fatto quelle caratteristiche degli omicidi e dei loro perpetratori che richiedono la pena di morte, ed esprimere queste caratteristiche in un linguaggio che può essere correttamente compreso e applicato dalle autorità che commisurano la pena, sembrano essere compiti che vanno oltre l’attuale capacità umana”<sup>47</sup>. Il fallimento annunciato della cd. *narrowing doctrine*, prima ancora della sua nascita.

Un’ultima osservazione, derivante dalla lettura congiunta dei contesti del II Emendamento e della pena capitale.

Il “ruolo” politico-ideologico giocato dal giudice Breyer rispetto nell’ambito della pena di morte sembra ricalcare in un certo senso quello di Thomas relativamente al diritto a possedere armi<sup>48</sup>: entrambi provano con grande continuità a rimarcare la necessità di intervenire, imponendo limiti costituzionali più stringenti alle *government actions*; da una parte, alla *death penalty*, dall’altra, alla *gun regulation*.

Non è facile fare pronostici: ci si limita ad auspicare che il primo a trovare ulteriori voti di supporto sia Breyer. Vista l’attuale composizione della Corte, però, è lecito dubitarne.

PIETRO INSOLERA

<sup>46</sup> C.S. STEIKER-J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 162.

<sup>47</sup> *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 197, 104 (1971).

<sup>48</sup> L’acuta analogia è di D. BERMAN, *Dissenting from denial of cert*, cit.





*Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:*

DAVIDE BERTACCINI, *Professore a contratto di diritto penitenziario nell'Università di Bologna*

GIAN MARCO CALETTI, *Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna*

STEFANO CANESTRARI, *Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna*

PAOLO CAROLI, *Assegnista di ricerca del progetto M.E.L.A. nell'Università di Bologna*

LORENZO CARSETTI, *Avvocato in Bologna*

FRANCESCA CONSORTE, *Professoressa a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna*

TOMMASO GUERINI, *Professore a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna*

GAETANO INSOLERA, *Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna*

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

DILETTA MARCHESI, *Dottore in giurisprudenza nell'Università di Bologna*

FRANCESCA MARCUCCI, *Avvocata in Bologna*

FEDERICO MAZZACUVA, *Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Milano-Bicocca*

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

ANTONIO PUGLIESE, *Dottorando di ricerca in diritto processuale penale nell'Università di Bologna*

SIMONE TROMBETTI, *Avvocato in Bologna*



€ 40,00

