

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **Rilievi penalistici del *Trust***
- ◇ **La corruzione privata**
- ◇ **Sulla nomofilachia**
- ◇ **In tema di elusione fiscale**
- ◇ **Sull'abuso d'ufficio**
- ◇ **La Taricco II**



Giuridica Editrice

PREVENIRE È PIÙ SEMPLICE CHE PUNIRE

Riflessioni a margine delle recenti modifiche del “codice antimafia”

COORDINATORE: Gaetano Insolera

RELATORI: Francesco Mazzacupa e Tommaso Guerini

8 novembre 2017

1. Premessa

Uno degli elementi caratteristici della politica-criminale di questo scorcio conclusivo della XVII Legislatura è dato dal rinnovato entusiasmo nei confronti delle misure di prevenzione, che hanno rappresentato, anche a livello mediatico, uno dei punti caratterizzanti l'azione politica dei Governi di centro-sinistra.

Il legislatore, con la legge 17 ottobre 2017, n. 161, ha introdotto un pacchetto di riforme che ha apportato significative modifiche al sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, alla riforma della disciplina dell'amministrazione, gestione e destinazione dei beni e del sistema di tutela dei terzi, ma che coinvolgono anche il codice penale e il codice di rito, il decreto legislativo 231/01 in materia di responsabilità amministrativa degli enti e, infine, la confisca cd. “allargata”.

La riforma, fortemente criticata dalla dottrina penalistica e dall'Unione delle Camere Penali, si colloca in un processo di “riscoperta” di un istituto che vanta una lunga tradizione nel sistema penale italiano, sia per l'influenza esercitata dalla Scuola positiva, che fece della difesa sociale uno dei cardini della propria elaborazione teorica, sia per la costante presenza nel nostro ordinamento di misure personali e patrimoniali *ante, praeter* o *sine delictum*.

Breve, la previsione di misure afflittive di natura formalmente amministrativa, finalizzate a rafforzare, in chiave preventiva e repressiva, il sistema penale e processuale penale, rappresenta una costante della storia giuridica italiana.

Allo stesso modo, nei confronti dell'adozione di queste misure – la cui stessa esistenza strida con i principi costituzionali dettati in materia penale – è costante l'atteggiamento estremamente critico della dottrina penalistica in generale e della

Scuola penalistica bolognese in particolare, a partire dalle posizioni espresse già nel corso del celebre “Convegno di Alghero” del 1974.

Al mutare del contesto, tuttavia, mutano anche i profili critici, che riguardano tanto la previsione personale, quanto quella patrimoniale.

2. Problemi attuali della prevenzione personale...

Nonostante la Corte europea con la recente sentenza *De Tommaso c. Italia* abbia finalmente preso atto di uno dei “peccati originali” del sistema di prevenzione, in particolare quello rappresentato dall’estrema indeterminatezza del giudizio di pericolosità che dovrebbe giustificare la qualificazione e l’applicazione di tali misure, il legislatore italiano continua imperterrito nella sua opera di implementazione dell’intervento *ante delictum*, in quella che risulta spesso un’affannosa rincorsa degli approdi raggiunti via via dalla giurisprudenza.

Come noto, si tratta di un’evoluzione dettata soprattutto dal ruolo sempre più protagonista della confisca di prevenzione ma che, per via della condivisione di taluni presupposti applicativi (in particolare, delle categorie dei soggetti destinatari), trascina inevitabilmente con sé anche le misure personali. In questo modo, l’ultima riforma giunge ad un esito che in passato sarebbe probabilmente stato ritenuto impensabile come l’applicazione della sorveglianza speciale all’indiziato di reati contro la pubblica amministrazione.

Si potrebbe anche ritenere, in effetti, che l’implementazione delle categorie di pericolosità qualificata consente di superare i rilievi della Corte europea, concernenti soprattutto la descrizione della pericolosità generica di cui all’art. 1 del Codice antimafia, ma si tratta di una soluzione soltanto all’apparenza gratificante. L’accentuazione della “fattispecie indiziaria” che caratterizza le ipotesi di cui all’art. 4 rispetto al giudizio di pericolosità, infatti, rende sempre più evidente come anche la misura personale non operi realmente *ante delictum* quanto semmai *praeter probationem delicti* (ossia avendo come presupposto comunque la commissione di un reato, tuttavia non provato secondo le regole del processo penale).

Tale aspetto, in effetti, non soltanto è quello maggiormente sintomatico di una deriva punitiva del sistema di prevenzione – evidente soprattutto sul piano della confisca (ma riconosciuta anche con riguardo alla sorveglianza speciale, ad esempio, nella corposa opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza *De Tommaso*) – ma pone altresì un fondamentale problema di proporzione dell’apparato di prevenzione personale (sottolineato invece nell’opinione a firma, tra gli altri, del giudice Raimondi). La centralità del “vissuto criminale” del soggetto nel giudizio di pericolosità – sempre più valorizzato nella recente giurisprudenza, nel tentativo di conformarsi al *dictum* della Corte europea, anche sul terreno degli “elementi di fatto” dimostrativi di una pericolosità generica – porta infatti a chiedersi se, una volta portato a compimento quel processo di “dissociazione” rispetto all’applicazione della confisca, non si possa definitivamente rinunciare alla

prevenzione personale al di fuori di particolari contesti “emergenziali” (ad es. terrorismo ed eversione) eventualmente in favore di una riespansione delle “vecchie” misure di sicurezza.

Proprio la concorrenza “sleale” del procedimento di prevenzione, infatti, sembra aver progressivamente determinato una certa svalutazione di tali misure (talvolta etichettate come un “ramo secco” dell’ordinamento) le quali però, se non altro, hanno il pregio di condizionare la formulazione del giudizio di pericolosità all’accertamento di un fatto di reato secondo le regole proprie del processo penale. Risulta ancora estremamente attuale, allora, la tesi espressa da Franco Bricola nell’ambito del già menzionato Convegno di Alghero, secondo cui il sistema penale sarebbe già in grado di farsi carico di determinate esigenze preventive, in particolare attraverso l’applicazione degli strumenti cautelari, senza che risulti veramente necessario il ricorso a discipline “speciali” dalla dubbia compatibilità coi principi di diritto penale sostanziale e processuale.

3. ...e della prevenzione patrimoniale

L’onda lunga della sentenza *De Tommaso c. Italia* è destinata ad attingere anche le misure di prevenzione patrimoniali.

Una prima avvisaglia si è avuta con la questione di costituzionalità, sollevata dalla Corte d’Appello di Napoli con riferimento alle misure di prevenzione personali e patrimoniali incentrate sulla pericolosità generica di cui all’art. 1, lett. a) e b) d.lgs. n. 159/2011 per violazione dell’art. 117 Cost. in riferimento all’art. 2, del Protocollo 4 addizionale CEDU e all’art. 1, del Protocollo 1 addizionale CEDU.

Resta da chiedersi se la posizione espressa dai Giudici di Strasburgo possa estendere la sua efficacia a quelle misure *praeter delictum* contenute nel Codice antimafia o nella legislazione complementare.

In primo luogo, è stato osservato come i principi espressi dalla Corte EDU possano essere applicati anche alle cd. “interdittive antimafia”, che rappresentano, secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, provvedimenti a natura mista cautelare e preventiva, volti a neutralizzare, pur nel delicato bilanciamento tra tutela dell’ordine pubblico e tutela della libertà di iniziativa economica, tentativi di infiltrazione mafiosa nel settore dell’economia pubblica in generale e degli appalti in particolare.

L’attenzione della dottrina si è particolarmente concentrata sulle comunicazioni interdittive emesse in forza dell’art. 84, comma 4 del Codice antimafia, lett. d) ed e), ove si stabilisce che il Prefetto possa desumere la sussistenza di un “tentativo di infiltrazione mafiosa” sulla base: “d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell’interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all’articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in

altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d)”.

Si tratta di presupposti estremamente labili e, come tali, sussumibili nei rilievi che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha rivolto alla pericolosità generica in materia di prevenzione personale.

Inoltre, il fatto che il procedimento di accertamento sia delegato in via esclusiva al giudice amministrativo, chiamato ad esprimersi sulla mera legittimità del provvedimento, senza avere alcuna cognizione circa il merito delle vicende che gli sono devolute, potrebbe porre un ulteriore problema di compatibilità con la Convenzione EDU, che all’art. 6 sancisce il diritto ad un equo processo.

Considerazioni che, sia pure con alcuni *caveat*, possono essere estese ad altre misure di prevenzione stridenti con il principio della libertà di iniziativa economica, quali il commissariamento dell’impresa disposto dal Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione in forza dell’art. 32 del d.l. 90/2014, che – non a caso – prevede al comma 10 una disciplina *poete* che regola i poteri dell’ANAC riguardo ad una impresa oggetto di interdittiva antimafia.

SCHEDA DI TOMMASO GUERINI E FRANCESCO MAZZACUVA

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Tommaso Guerini: tommaso.guerini@unibo.it

Francesco Mazzacuva: francesco.mazzacuva@gmail.com

IL CONCETTO DI NEURODIVERSITÀ: NEUROSCIENZE E DIRITTO PENALE IN EUROPA E STATI UNITI

COORDINATORE: Gaetano Insolera

RELATORE: Andrea Lollini

DISCUSSANTS: Stefano Canestrari, Emanuela Fronza e Giovanni Neri

13 dicembre 2017

Il concetto di *neurodiversità* fa riferimento a individui cui sono stati diagnosticati disordini dello sviluppo neurologico, come l'autismo e la dislessia, e ipotizza l'emergere di una nuova differente categoria nella popolazione umana. Sono condizioni neurologiche "differenti" la nuova frontiera dell'ineguaglianza e della discriminazione, per lo meno nelle società occidentali? Se le neuroscienze e la ricerca sulla cognizione cerebrale stanno progressivamente approfondendo la comprensione del funzionamento umano, il problema è come meglio accordare i sistemi legali sulla base di queste nuove conoscenze. In Europa e negli Stati Uniti, il concetto di *neurodiversità* mette alla prova il principio costituzionale dell'eguaglianza, così come incoraggia il bisogno di adeguare nuovi principi di diritto penale e civile.

SCHEDA DI ANDREA LOLLINI

Gaetano Insolera: gaetano.insolera@unibo.it

Andrea Lollini: a.lollini@unibo.it

Stefano Canestrari: stefano.canestrari@unibo.it

Emanuela Fronza: emanuela.fronza@unibo.it

Giovanni Neri: nerigiovanni@fastwebnet.it

CORTE PENALE INTERNAZIONALE

La richiesta del Procuratore della Corte Penale Internazionale di autorizzare l'inizio di un'indagine sulla situazione in Afghanistan.

1. Introduzione e cenni storici sul conflitto afghano

Il 20 novembre 2017, Fatou Bensouda, Procuratore della Corte Penale Internazionale (CPI), ha richiesto *ex Art. 15(3)* dello Statuto di Roma¹ l'autorizzazione ad avviare un'indagine sulla situazione della Repubblica Islamica dell'Afghanistan (da ora in poi semplicemente "Afghanistan").² Tale richiesta assume una portata storica, riguardando anche, per la prima volta, crimini internazionali presumibilmente commessi dagli Stati Uniti d'America (USA).

Già nel *report* sulle attività espletate nel 2016 con riferimento alle situazioni interessate da *preliminary examination*, il Procuratore aveva preannunciato che la richiesta di apertura di un'indagine sulla situazione afghana sarebbe stata imminente.³ Tuttavia, a tale statuizione il Governo afghano rispose invitando il Procuratore ad attendere almeno un anno prima di operare in tal senso, poiché l'apertura di un'indagine in quel momento avrebbe minato possibili dialoghi per la pace con forze anti-governative.⁴ Pertanto, la richiesta di aprire le indagini arriva dopo ben 11 anni di relativa *preliminary examination*.⁵

¹ 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.

² ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", ICC-02/17-7-Conf-Exp., 20 novembre 2017.

³ ICC, *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, 14 novembre 2016, para. 230.

⁴ J. RAHA, *What Does the ICC Investigation Mean for Peace in Afghanistan*, The Diplomat, [www.thediplomat.com](http://thediplomat.com), 28 novembre 2017, <https://thediplomat.com/2017/11/what-does-the-icc-investigation-mean-for-peace-in-afghanistan/> (accesso effettuato il 24 dicembre 2017).

⁵ Resa pubblica nel 2007, tale fase preliminare era già iniziata nel 2006, cfr. ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., para. 22.

Sotto la lente dell'Ufficio del Procuratore vi sono crimini presumibilmente commessi in relazione al conflitto armato afgano nel territorio dell'Afghanistan a partire dal 1 maggio 2003, nonché crimini aventi un sufficiente nesso con tali ostilità, pur se commessi nel territorio di altri Stati Membri dello Statuto, a partire dalla data di entrata in vigore dello stesso per gli stati interessati.⁶

Tale conflitto, definito dal Procuratore come avente attualmente un carattere non-internazionale,⁷ prosegue ormai da più di 35 anni e vede schierati, da un lato, le forze governative e quelle internazionali a loro supporto, soprattutto statunitensi,⁸ e, dall'altro, il movimento talebano e altre forze anti-governative.⁹ Inoltre, dal 2015, il gruppo *Daesh*, anche definito "Stato Islamico", è emerso in tale panorama, ulteriormente aggravando l'aspra guerra cui il Paese fa teatro.¹⁰

La stabilità politica dell'Afghanistan è dunque ancora molto lontana, essendosi profilata un'interminabile guerriglia armata che si è andata via via intensificando nel corso degli anni, portandosi dietro una grave devastazione.¹¹ Infatti, a partire dal 2009, più di 26.500 civili sarebbero stati uccisi nel conflitto, a causa di attacchi quasi quotidiani nel Paese.¹²

2. La richiesta del Procuratore: inquadramento giuridico e contenuto

La richiesta di autorizzazione inoltrata dal Procuratore è resa necessaria poiché la *preliminary examination* sulla situazione afgana è stata avviata dal Procuratore

⁶ *Ibid.*, paras. 1, 52.

⁷ *Ibid.*, paras. 125-128; ICC, *Report of Preliminary Examination Activities 2017*, 4 dicembre 2017, para. 240.

⁸ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., paras. 20, 68. Dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, sono state portate avanti diverse operazioni, tra cui "Operation Enduring Freedom" della coalizione "Northern Alliance", accompagnata dalla missione NATO "International Security Assistance Force", sostituita poi dalle operazioni "Operation Freedom's Sentinel" e "Operation Resolute Support". Cfr. ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., para. 20.

⁹ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., paras. 15-21. Il fine ultimo delle forze anti-governative è quello di riprendere la guida dello Stato, essendo stato il Governo talebano, accusato di proteggere *Al Qaeda*, rovesciato a seguito dell'offensiva degli Stati Uniti d'America in territorio afgano post 11 settembre 2001. Per un approfondimento storico sul conflitto afgano, cfr.: T. RUTTIG, *The Other Side: Dimensions of the Afghan Insurgency: Causes, Actors and Approaches to Talks*, Afghanistan Analysts Network, 14 luglio 2009; S. TANNER, *Afghanistan: A Military History from Alexander The Great to the War Against the Taliban*, Da Capo Press, 2002.

¹⁰ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., para. 19.

¹¹ *Ibid.*, para. 2.

¹² *Ibid.*

stesso *proprio motu*, in base agli Artt. 13(1)(c) e 15(1) dello Statuto, a seguito di ben 125 comunicazioni di reato ricevute.¹³

La facoltà del Procuratore di procedere autonomamente al preliminare esame di una situazione è stata lungamente dibattuta fin dai lavori preparatori dello Statuto,¹⁴ determinando finanche la decisione da parte di diversi stati di non ratificare il trattato per timore di un eccessivo potere conferito all'organo di accusa.¹⁵ Proprio tali controversie in sede di lavori preparatori hanno determinato l'introduzione nello Statuto di un controllo giurisdizionale sulle scelte *ex officio* del Procuratore: per poter procedere ad una vera e propria indagine, il Procuratore deve richiedere *ex Art. 15(3)* dello Statuto l'autorizzazione ad una camera preliminare.

Nel caso in discorso, in base all'assegnazione operata secondo le *Regulations* 45 e 46(2) della Corte¹⁶ da parte della Presidenza,¹⁷ la richiesta, redatta secondo quanto previsto dalla *Regulation* 49, è stata rivolta alla Terza Camera Preliminare, la quale ha ora il compito di decidere se autorizzare o meno l'indagine.

In particolare, la valutazione della Camera Preliminare dovrà comprendere il soddisfacimento, *ex Regola* 48 del Regolamento di Procedura e di Prova,¹⁸ dei requisiti di cui all'Art. 53(1)(a), (b) e (c) dello Statuto di Roma, necessari per procedere ad un'indagine. Nella richiesta in esame, il Procuratore ha quindi proceduto ad una disamina di tali requisiti, al fine di dimostrarne la sussistenza.

Secondo quanto disposto dall'Art. 53(1) dello Statuto, il Procuratore ha dunque provveduto a dimostrare: (a) che le informazioni in suo possesso forniscono ragionevoli basi di credere che un crimine rientrante nella giurisdizione della Corte è stato o è commesso; (b) che il caso è o sarebbe ammissibile secondo l'Art. 17 dello Statuto, cioè rispetti il principio di complementarietà cui la Corte deve ispirarsi e sia di sufficiente gravità per giustificare un'ulteriore azione della Corte; (c) che, in considerazione della gravità del crimine e degli interessi delle vittime, non vi sono sostanziali ragioni per credere che un'indagine non serva gli interessi della giustizia.

¹³ *Ibid.*, para. 24; ICC, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, cit., para. 230.

¹⁴ S. A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Role of the International Prosecutor*, in R. S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, pp. 175-188.

¹⁵ W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2017, pp. 368-372, 398; M. BERGSMO et al., *Article 15*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 2016, C. H. Beck-Hart-Nomos, Baden Baden, p. 726.

¹⁶ ICC, *Regulations of the Court*, ICC-BD/01-01-04, 26 maggio 2004.

¹⁷ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, The Presidency, Decision Assigning the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-1, 3 novembre 2017.

¹⁸ ICC, *Rules of Procedure and Evidence*.

a) *Le informazioni in possesso del Procuratore forniscono ragionevoli basi di credere che un crimine rientrante nella giurisdizione della Corte è stato o è commesso*

Nella richiesta, il Procuratore ha evidenziato le difficoltà riscontrate in sede di *preliminary examination* sulla situazione afghana dal suo Ufficio.¹⁹ Innanzitutto, è stato sottolineato come risulti estremamente complesso attribuire con precisione la responsabilità degli incidenti ai rispettivi gruppi armati, spesso operanti con simili metodologie offensive come bombe-*kamikaze* e esplosivi improvvisati.²⁰ Tale situazione di incertezza è aggravata dalla diffusa riluttanza a cooperare con l'Ufficio, dai poteri molto limitati che questo ha nella fase dell'esame preliminare²¹ nonché delle precarie condizioni di sicurezza che hanno spesso impedito alle missioni espletate *in loco* un agevole reperimento di informazioni.²² Inoltre, anche le vittime sono spesso reticenti a collaborare, in particolare per timore di ritorsioni e rappresaglie.²³

Il Procuratore, tuttavia, sostiene che informazioni sufficientemente credibili e dettagliate siano comunque state raccolte dall'Ufficio e siano tali da far pervenire alla conclusione che crimini di guerra e contro l'umanità si siano verificati.²⁴

Nella richiesta vengono così analizzati dal Procuratore, *ex Regulation* 49(1)(a) della Corte, i crimini che, a seguito di *preliminary examination*, ritiene siano stati commessi, così come i fatti creduti in grado di basare ragionevolmente tale asserzione. Secondo la *Regulation* 49(3) della Corte, alla richiesta sono inoltre allegiate varie appendici, tra cui mappe che mostrano, ad esempio, i luoghi dei delitti commessi e un glossario esplicativo di nomi di persone, istituzioni e luoghi.²⁵

I crimini considerati più gravi e rappresentativi dell'intera situazione²⁶ sono analizzati individualmente e dettagliatamente nei loro elementi e nei fatti alla base, specificando, come richiesto dalla *Regulation* 49(2), le coordinate di luogo e di tempo e i soggetti presumibilmente coinvolti nella loro commissione.²⁷ In particolare, il Procuratore individua i seguenti crimini, rientranti *ratione materiae* nella giurisdizione della Corte.

In primo luogo, i crimini commessi da parte dei Talebani e dei gruppi armati loro affiliati, specialmente l'*Haqqani Network* ma anche l'*Hezb-e-Islami Gulbuddin* e *Al Qaeda*.²⁸ Si tratterebbe, da un lato, di crimini contro l'umanità *ex Art. 7(1) (a), (e) e (h)*, rappresentati da omicidio; imprigionamento e altre gravi privazioni della libertà personale fisica; persecuzione di un gruppo o di una collettività identificabile per motivi di genere, contro donne (cui veniva proibito di studiare, lavo-

¹⁹ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., paras. 3, 24-26.

²⁰ *Ibid.*, paras. 3, 30, 38.

²¹ *Ibid.*, para. 37.

²² *Ibid.*, paras. 24-26.

²³ *Ibid.*, para. 362.

²⁴ Per informazioni sulle fonti, cfr. *ibid.*, paras. 3, 33, 29, 33-37.

²⁵ *Ibid.*, para. 40.

²⁶ *Ibid.*, para. 41.

²⁷ *Ibid.*, paras. 42-71.

²⁸ *Ibid.*, paras. 53-63.

rare e partecipare alla vita pubblica) e politici, contro i civili sospettati di sostenere il governo, entità straniere e forze armate pro-governative; tutti commessi nell'ambito di una sistematica campagna di intimidazione e di attacco dei civili al fine di conquistare il potere e imporre il proprio sistema ideologico – campagna, peraltro, espressamente dichiarata in documenti ufficiali talebani come il *Layha*, il codice di condotta talebano, e i *fatwā*, editti religiosi.²⁹ Dall'altro, di crimini di guerra ex Artt. 8(2)(c)(i) e 8(2)(e)(i), (iii), (iv), (vii) e (ix), rappresentati da omicidio; attacchi direttamente mirati contro civili, personale umanitario e oggetti protetti tra cui scuole, ospedali e moschee; reclutamento obbligatorio o volontario di bambini sotto i 15 anni o il loro uso partecipato e attivo nelle ostilità; uccisione o ferimento sleale di un combattente avversario.³⁰ In particolare, secondo le statistiche della *United Nations Assistance Mission in Afghanistan*, dal 2009 al 2016, addirittura più di 50.000 civili sarebbero stati vittime di tali gruppi anti-governativi.³¹

In secondo luogo, i crimini commessi da parte delle Forze di Difesa e Sicurezza Nazionale Afgthane e, soprattutto, da membri del Direttorio Nazionale per la Sicurezza e le Forze di Polizia Afgthane,³² ossia crimini di guerra ex Artt. 8(2)(c)(i) e (ii) e 8(2)(e)(vi), rappresentati da atti di tortura e trattamenti crudeli in violazione della dignità personale nonché violenza sessuale, perpetrati ai danni di soggetti detenuti per ragioni inerenti al conflitto in prigionie afgthane.³³

In terzo luogo, i crimini commessi da membri delle forze armate degli USA in territorio afgnano e da membri dell'Agencia Centrale per l'Intelligence (CIA) degli USA³⁴ in strutture di detenzione segrete in Afghanistan e nel territorio di altri Stati membri dello Statuto di Roma, principalmente in “*black sites*” situati in Romania, Polonia e Lituania, ossia crimini di guerra ex Artt. 8(2)(c)(i) e (ii) 8(2)(e)(vi), rappresentati da tortura e trattamenti crudeli; violazione della dignità personale; stupro e altre forme di violenza sessuale; tutti commessi a carico di soggetti appartenenti alle forze antagoniste al Governo afgnano, quindi nel contesto del conflitto afgnano stesso e con questo sufficientemente collegati in modo tale da giustificare l'intervento della Corte.³⁵ Tale ultima categoria di crimini commessi da cittadini statunitensi è particolarmente interessante per diversi ordini di ragioni. Infatti, innanzitutto, si tratterebbe di crimini perpetrati da cittadini di uno Stato non membro dello Statuto di Roma e mai sottoposto allo scrutinio di tribunali penali internazionali. Inoltre, tali crimini si riferiscono ai metodi di interrogatorio

²⁹ *Ibid.*, paras. 4, 72-122, 88.

³⁰ *Ibid.*, paras. 123-160, ma anche 53-63; ICC, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, cit., para. 247; UNAMA, *Annual Report 2016*.

³¹ ICC, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, cit., para. 262; UNAMA, *Annual Report 2016*.

³² ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of “Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15”, cit., paras. 64-67.

³³ *Ibid.*, paras. 4, 161-186.

³⁴ *Ibid.*, paras. 68-71.

³⁵ *Ibid.*, paras. 4, 49, 187-252.

della CIA, che sono, come noto, discutibili e discussi, pur autorizzati dall’Agenzia stessa e da rami del Governo USA.³⁶ Infine, portare all’attenzione della CPI crimini presumibilmente commessi da cittadini americani, in riferimento alla guerra afghana ma in Stati Membri terzi, comporterebbe la necessità per la Corte di districare la questione, molta dibattuta, dell’applicabilità del diritto internazionale umanitario al di fuori del territorio di uno stato dove ha luogo un conflitto armato non-internazionale.³⁷

Ulteriormente, il Procuratore ha dichiarato di aver ricevuto informazioni con riferimento a crimini eventualmente commessi in Afghanistan da altre forze speciali internazionali,³⁸ la cui nazionalità non è sempre facilmente identificabile.³⁹ Sostiene dunque di aver esaminato tali accuse, ma che, a questo stadio, non si è giunti alla conclusione per cui vi sarebbe la ragionevole base per credere che tali eventuali crimini siano stati posti in essere.⁴⁰ Nella richiesta, però, si evidenzia che, se l’autorizzazione ad avviare un’indagine verrà concessa, tali crimini saranno ulteriormente valutati.⁴¹

Inoltre, il Procuratore ha insistito sull’opportunità di autorizzare l’indagine non solo con riferimento ai crimini specificatamente menzionati, ma anche sulla possibilità di permettere all’Ufficio di espandere o modificare l’ambito delle indagini, in modo che queste possano essere condotte su tutti i crimini presumibilmente commessi all’interno della situazione in oggetto, anche in ragione della mutevolezza del panorama afghano.⁴²

Tuttavia, una prima rilevante limitazione scaturisce dalla giurisdizione *ratione temporis* della CPI, prevista *ex Art. 11(2)* dello Statuto. Infatti, il Procuratore sottolinea come si debba guardare ai crimini commessi a partire dal 1 maggio 2003 in Afghanistan, data in cui l’adesione dell’Afghanistan allo Statuto di Roma, avvenuta il 10 febbraio 2003, divenne effettiva,⁴³ nonché dalla data di entrata in vigore dello Statuto per Polonia, Romania e Lituania, ossia, 1 luglio 2002 per i primi due Stati e 1 agosto 2003 per il terzo.⁴⁴ Dunque, è bene evidenziare come la guerra in Afghanistan, sebbene si trascini da ormai più di 35 anni, sfugge in gran parte dalla giurisdizione temporale della Corte, necessariamente focalizzata su un arco temporale di non più di 17 anni.⁴⁵

³⁶ ICC, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, cit. para. 255.

³⁷ E. POTHELET, *War Crimes in Afghanistan and Beyond: Will the ICC Weigh in on the “Global Battlefield” Debate?*, EJIL: Talk!, www.ejiltalk.org, 9 novembre 2017, <https://www.ejiltalk.org/war-crimes-in-afghanistan-and-beyond-will-the-icc-weigh-in-on-the-global-battlefield-debate> (accesso effettuato il 26 dicembre 2017).

³⁸ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of “Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15”, cit., paras. 253-260.

³⁹ *Ibid.*, para. 68.

⁴⁰ *Ibid.*, paras. 253-260.

⁴¹ *Ibid.*, para. 260.

⁴² *Ibid.*, para. 38.

⁴³ *Ibid.*, paras. 1, 50.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 51.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 2.

Sicuramente più controversa è invece la questione della *ratione loci*. I crimini in questione sono stati in larga misura commessi all'interno del territorio afgano, in tutte le sue 34 province, con particolare incidenza in quelle di Kandahar e Kabul, dove peraltro erano anche concentrate le prigionie militari USA.⁴⁶ Un'altra parte minoritaria dei crimini in discorso sono invece stati commessi sul territorio di Polonia, Romania e Lituania. La commissione dei crimini sul territorio di Stati membri dello Statuto è, secondo quanto sostenuto dal Procuratore, elemento sufficiente a giustificare la giurisdizione della Corte su crimini operati dagli USA in tali territori.⁴⁷ Infatti, la perpetrazione di crimini sul territorio di Stati membri rientra nella giurisdizione della CPI indipendentemente dalla nazionalità degli autori di tali delitti, in base al dettato dell'Art. 12(2)(a) dello Statuto,⁴⁸ il cui contenuto fu particolarmente controverso in sede di lavori preparatori.⁴⁹ Tale orientamento è ad oggi considerato generalmente pacifico,⁵⁰ nonché del tutto in linea con l'approccio adottato anche in altri trattati internazionali che permettono l'esercizio della giurisdizione penale da parte di uno stato membro di un trattato sui cittadini di un altro stato. Inoltre, non vi è nessuna norma di diritto internazionale che proibisca agli stati territoriali di delegare la propria giurisdizione alla CPI.⁵¹ Tuttavia, gli USA si sono sempre mostrati contrari a questo orientamento.⁵² Ulteriormente, cercando *escamotage* per rendere le proprie azioni del tutto immuni da un qualsiasi scrutinio da parte della CPI, hanno concluso con altri stati – più di 100,⁵³ compreso l'Afghanistan⁵⁴ – accordi, detti “*bilateral immunity agreements*”, che proibiscono il trasferimento di cittadini statunitensi alla Corte. Tali accordi bilaterali sono stati realizzati sulla base dell'Art. 98(2)

⁴⁶ *Ibid.*, para. 43.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 44.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ W. A. SCHABAS, G. PECORELLA, *Article 12*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS, cit., p. 673; UN Doc. A/CONF.183/SR.9, para. 28.

⁵⁰ A. WHITING, *An ICC Investigation of the U.S. in Afghanistan: What Does it Mean?*, Just Security, [www.justsecurity.org](https://www.justsecurity.org/46687/icc-investigation-u-s-afghanistan-mean), 3 novembre 2017, <https://www.justsecurity.org/46687/icc-investigation-u-s-afghanistan-mean> (accesso effettuato il 24 dicembre 2017); W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 346.

⁵¹ W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 354; W. A. SCHABAS, G. PECORELLA, cit., p. 682.

⁵² Vedi, ad esempio, Office of General Counsel – United States Department of Defense, *Department of Defense Law of War Manual*, 2015 (modificato in dicembre 2016), p. 1110; U.S. *Congressional finding* 22 U.S. Code § 7421 (2 agosto 2002), para. 11; D. P. FORSYTHE, *The United States and International Criminal Law*, 24(4) *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 486. Per le argomentazioni addotte, cfr. R. CRYER, *The ICC and its Relationship to Non-States Parties*, in C. STAHN, cit., p. 262; D. AKANDE, *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits*, in O. BEKOU, R. CRYER (a cura di), *The International Criminal Court*, Ashgate-Dortmouth, Aldershot, 2004, p. 227.

⁵³ Di questi 100, più della metà sono tuttavia Stati non-parte dello Statuto di Roma.

⁵⁴ *Agreement between the Government of the Transitional Islamic State of Afghanistan and the Government of the United States of America regarding the Surrender of Persons to the International Criminal Court*, 2002.

dello Statuto, norma dal significato tuttora controverso.⁵⁵ Tuttavia, il Procuratore disconosce con fermezza la capacità dei menzionati accordi di intaccare la giurisdizione della Corte sui cittadini statunitensi, potendo esplicitare effetti soltanto con riferimento alla consegna alla CPI di soggetti su cui grava un mandato d'arresto.⁵⁶

Tanto argomentato, il Procuratore dichiara *ex Regulation* 49(1)(b) di ritenere sussistente il requisito per cui le informazioni in suo possesso forniscono ragionevoli basi di credere che crimini rientranti nella giurisdizione della Corte siano stati commessi.

b) Il caso è o sarebbe ammissibile secondo l'Art. 17 dello Statuto di Roma

A questo stadio, l'ammissibilità è valutata, secondo l'interpretazione data dalle Camere Preliminari,⁵⁷ sulla base dei casi che *potrebbero* emergere dalla situazione in oggetto, dal momento che questi potrebbero mutare nel corso delle indagini stesse.⁵⁸ Lo *standard* probatorio di riferimento è sicuramente meno esigente rispetto a quello richiesto durante la fase processuale, seppur non sia chiaro in che misura.⁵⁹

In base al dettato dell'Art. 17 dello Statuto di Roma, l'ammissibilità deve essere valutata con riferimento a due criteri fondamentali: da un lato, l'aderenza della CPI al principio di complementarità e, dall'altro, la sufficiente gravità dei crimini in questione.

In relazione al primo aspetto, si segue l'orientamento – peraltro pacifico – per cui la mancanza di attività dello stato nazionale nella persecuzione dei crimini soddisfa il test di complementarità.⁶⁰ Con riferimento all'Afghanistan, il Procuratore evidenzia come ivi, al momento, non siano in corso rilevanti indagini o procedimenti penali contro coloro che sembrano essere i maggiori responsabili per i crimini individuati, da imputarsi anche alla distruzione di gran parte delle istituzioni

⁵⁵ W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 1342.

⁵⁶ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., para. 46.

⁵⁷ ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 marzo 2010, para. 64.

⁵⁸ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., paras. 262-263.

⁵⁹ ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul to the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr., 31 marzo 2010, para. 15.

⁶⁰ W. A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2017, Cambridge University Press, pp. 174-175; W. A. SCHABAS, "The Rise and Fall of Complementarity", in C. Stahn e M. M. El Zeidy (a cura di), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, vol. 1 (2011), pp. 161-163.

statali a ciò deputate.⁶¹ Inoltre, sottolinea che, nel 2007, il Parlamento afgano ha emanato un'amnistia generale per tutte le parti in conflitto e ad inclusione dei crimini di guerra e contro l'umanità⁶² che ha determinato una situazione di quasi totale impunità. Similmente, con riferimento agli USA, il Procuratore ha sottolineato di aver richiesto chiarimenti in merito alle autorità statunitensi, ma di non aver ricevuto informazioni specifiche cui fare affidamento.⁶³ In base all'analisi di materiale pubblico *open source*,⁶⁴ si conclude che, a questo stadio, non vi sono indagini o procedimenti penali nazionali negli USA contro coloro che sembrano essere i maggiori responsabili dei crimini presumibilmente commessi dalle forze armate USA o dalla CIA in relazione al conflitto afgano⁶⁵ e in particolare contro chi abbia ideato, autorizzato o abbia la responsabilità di supervisionare l'implementazione delle tecniche di interrogatorio esperibili.⁶⁶ Al contrario, con riferimento a Polonia, Romania e Lituania, alcune indagini sono in corso.⁶⁷ Pertanto, il Procuratore si riserva di continuare a valutarne gli sviluppi per determinare se queste riguardino gli stessi soggetti e sostanzialmente le stesse condotte che saranno eventualmente identificati dall'Ufficio stesso e, in tal caso, se queste siano genuine.⁶⁸ In conclusione, il Procuratore ritiene che i casi che verosimilmente emergeranno da un'indagine sulla situazione Afgana siano al momento attuale ammissibili.⁶⁹

Con riferimento alla gravità di tali potenziali casi, da valutarsi secondo criteri sia quantitativi che qualitativi,⁷⁰ il Procuratore ha dichiarato di aver in effetti individuato le persone maggiormente responsabili dei crimini commessi e che questi risultano tutti caratterizzati da gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della CPI.⁷¹ In particolare, i crimini commessi da Talebani e forze alleate nonché dalle forze governative risulterebbero caratterizzati da gravità in termini quantitativi, in quanto commessi su larga scala, nonché qualitativi, in quanto di per sé seri e, nel caso dei crimini commessi dalle forze anti-governative, anche perpetrati con una crudeltà avente un forte impatto sociale e psicologico sulla popolazione.⁷² Diversamente, i crimini commessi dagli USA, pur non qualificabili come gravi dal punto di vista quantitativo⁷³ e avendo quindi già fatto discutere sulla loro ammissibilità,⁷⁴

⁶¹ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., paras. 5, 269-270, 276-277.

⁶² *Ibid.*, paras. 5, 272.

⁶³ *Ibid.*, para. 290.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 298.

⁶⁵ *Ibid.*, paras. 299-328.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 328.

⁶⁷ *Ibid.*, paras. 329-334.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, para. 335.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 336.

⁷¹ *Ibid.*, paras. 336-363.

⁷² *Ibid.*, paras. 337-351.

⁷³ *Ibid.*, paras. 352-363.

⁷⁴ A. WHITING, cit.

sono certamente di gravità intrinseca e commessi con disumanità, avente importanti conseguenze sulle vittime.

In conclusione, il Procuratore ha insistito sull'ammissibilità *ex Art. 17* dello Statuto di Roma dei casi potenzialmente emergenti da un'eventuale futura indagine sulla situazione afghana.

c) In considerazione della gravità del crimine e degli interessi delle vittime, non vi sono sostanziali ragioni per credere che un'indagine non serva gli interessi della giustizia

Infine, il Procuratore ha inteso sottolineare come la gravità e l'estensione dei crimini presumibilmente commessi in Afghanistan, l'esteso periodo temporale in cui i crimini sono stati e continuano ad essere perpetrati, la grande gamma di autori dei reati tra tutte le parti del conflitto, i ricorrenti schemi criminali e le limitate prospettive che gli autori di tali delitti siano chiamati a rispondere di tali crimini, siano tutti elementi che fanno propendere a favore di un'indagine.⁷⁵ Similmente, il Procuratore ha chiarito come le vittime stesse abbiano manifestato il loro interesse a vedere che giustizia sia fatta, in base a quanto emerso da dirette consultazioni con organizzazioni di vittime in Afghanistan, dalle comunicazioni pervenute e dalle informazioni pubbliche disponibili.⁷⁶

In questo senso, il Procuratore sostiene come anche quest'ultimo requisito sia stato soddisfatto.

3. Alcuni rilievi finali

Fino al 31 gennaio 2018, le vittime e i loro rappresentanti legali, notiziati *ex Regola 50(1)* del Regolamento di Procedura e di Prova della richiesta avanzata dal Procuratore, hanno diritto di inviare le loro "*representations*" *ex Regola 50(3)*, cioè considerazioni, interessi ma anche preoccupazioni e aspettative alla Terza Camera Preliminare.⁷⁷

La Terza Camera Preliminare ha ora il compito di valutare, in base all'Art. 15(4) dello Statuto, se vi siano ragionevoli basi – sempre da intendere come all'Art. 15(3)⁷⁸ – per procedere all'indagine e se il caso sembra ricadere all'interno della giurisdizione della Corte. In caso di riscontro positivo, deve autorizzare l'inizio dell'indagine, senza pregiudizi sulle seguenti determinazioni della Corte con riferimento alla giurisdizione e all'ammissibilità dei casi. Potrebbe anche, *ex Art. 50(4)* del Regolamento di Procedura e di Prova, richiedere ulteriori informazioni al Procuratore o alle vittime che hanno mandato le loro rappresentazioni, anche attraverso un'audizione.

⁷⁵ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public Redacted Version of "Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15", cit., para. 364.

⁷⁶ *Ibid.*, paras. 365-372.

⁷⁷ BERGSMO et al., cit., p. 735.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 736.

Sebbene per la decisione si dovrà attendere alcuni mesi, è probabile che la Terza Camera Preliminare conceda l'autorizzazione, stante la bassa soglia probatoria richiesta e avendo le camere preliminari previamente approvato tutte e tre le precedenti richieste del Procuratore riguardanti le situazioni in Kenya, Costa d'Avorio e Georgia.⁷⁹ Tuttavia, in caso di risposta negativa della Camera Preliminare, l'Art.15(5) dello Statuto non vieta al Procuratore di ripresentare una successiva richiesta fondata su nuovi fatti o elementi di prova.

Nel caso invece in cui l'avvio delle indagini sarà autorizzato, ne scaturirà con ogni probabilità un'indagine lunga e complessa. Infatti, l'Ufficio del Procuratore può contare solo su poteri investigativi limitati e necessita quindi della cooperazione degli stati anche sul piano investigativo. Tale cooperazione sarà sicuramente difficile da ottenere, in particolare da parte degli USA, poiché non essendo parte dello Statuto, non hanno l'obbligo di cooperare con la CPI. Vi è di più: il Codice Federale statunitense proibisce a qualsiasi corte, agenzia o entità di ogni stato o governo locale degli USA di cooperare con la CPI,⁸⁰ così come il “*The American Service Members' Protection Act*”, anche conosciuto come “*The Hague Invasion Act*”, voluto dal Presidente Bush.⁸¹ Pertanto, è del tutto inverosimile la possibilità di pervenire, da parte della CPI, ad arresti di cittadini statunitensi,⁸² con il relativo rischio per la Corte di incorrere in uno storico fallimento, sicuramente deleterio per la sua credibilità e reputazione, essendo questa, già da anni, criticata per essersi sobbarcata indagini costose e inconcludenti.⁸³ Inoltre, tale eventuale indagine andrebbe a minare il rapporto di collaborazione – comunque relegato a situazioni di convenienza politica – instaurato tra la CPI e gli USA.⁸⁴ Al contrario, l'Afghanistan ha recentemente mostrato maggiore collaborazione con la creazione di una commissione *ad hoc* per trattare la cooperazione con la Corte e avendo finalmente – con grande ritardo – emanato un nuovo codice penale che include i quattro crimini internazionali di competenza della CPI, entrato in vigore nel 2018.⁸⁵

D'altro canto, sebbene l'attenzione dell'Ufficio del Procuratore nei confronti degli USA non fosse inaspettata dato che già nel rapporto annuale del 2013 sulle attività delle *preliminary examination* era stata evidenziata l'intenzione del Procura-

⁷⁹ *International Criminal Court Prosecutor Recommends Investigation of Potential War Crimes in Afghanistan, Including Actions by U.S. Military and Central Intelligence Agency*, 111(2) *American Journal of International Law*, 2017, p. 523; A. WHITING, cit.

⁸⁰ 22 U.S. Code § 7423.

⁸¹ Bureau of Political-Military Affairs, *The American Service Members' Protection Act*, 30 luglio 2003, Sec. 2004.

⁸² A. WHITING, cit.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Per un approfondimento del tema, vedi, ad esempio, S. POMPER, *The Int'l Criminal Court's Case against the United States in Afghanistan: How it Happened and What the Future Holds*, Just Security, www.justsecurity.org, 13 novembre 2017, <https://www.justsecurity.org/46990/international-criminal-courts-case-u-s-afghanistan-happened-future-holds/> (accesso effettuato il 29 dicembre 2017).

⁸⁵ Coalition for the International Criminal Court, *Afghanistan*, <http://www.coalitionfortheicc.org/country/afghanistan>.

tore di approfondire le azioni compiute delle forze internazionali in Afghanistan,⁸⁶ sarà sicuramente d'interesse vedere come gli USA reagiranno a quello che sarà con ogni probabilità visto come un attacco politico e alla propria sovranità.

Tuttavia, la decisione di assoggettare anche gli USA ad un'eventuale futura indagine, nonostante le pressioni esterne, è stato giustamente definito come un atto coraggioso da parte del Procuratore della CPI,⁸⁷ unico tribunale penale internazionale ad aver osato accusare gli USA di crimini di guerra.⁸⁸ Ciò può avere risvolti positivi per la CPI, spesso minata da accuse di mancanza di indipendenza e di perseguire solo crimini commessi nel continente africano⁸⁹ e dai "vinti" di un conflitto, avendo invece in questo caso l'ardire di voler indagare sulle azioni di tutte le parti del conflitto. Inoltre, tale atto potrebbe permettere alla Corte di portare davvero avanti, per la prima volta, una cultura orientata all'"*ending impunity*", da qualunque parte i crimini originino.⁹⁰

DILETTA MARCHESI

* * *

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura a sostegno della Corte penale internazionale: una tutela multilivello per l'esecuzione delle pene detentive.

1. Introduzione

Il 9 novembre 2017, mediante uno scambio di lettere tra la Corte penale internazionale («CPI») e il Comitato europeo per la prevenzione della tortura («CPT»), è entrato in vigore l'accordo che istituisce l'organo del Consiglio d'Europa quale autorità ispettiva indipendente chiamata ad assistere la CPI nel monitoraggio delle condizioni detentive dei soggetti da questa condannati e trasferiti sul territorio degli Stati membri della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.⁹¹

Si tratta di una collaborazione attesa e auspicata, già esplorata da altri tribunali penali internazionali per il controllo della fase esecutiva delle condanne pronunciate a livello sovranazionale ed eseguite a livello statale,⁹² e che conferma la sfera

⁸⁶ ICC, *Report on Preliminary Examination Activities 2013*, novembre 2013, paras. 47-52.

⁸⁷ E. POTHELET, cit.

⁸⁸ S. POMPER, cit.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ S. M. HALI, *ICC's Case Against US in Afghanistan*, Pakistan Observer, www.pakobserver.net, <https://pakobserver.net/iccs-case-us-afghanistan/> (accesso effettuato il 29 dicembre 2017).

⁹¹ "Exchange of letters between the International Criminal Court and the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment", 9 novembre 2017.

⁹² "Exchange of letters between the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

del trattamento delle persone private della libertà personale una delle più significative dimensioni di convergenza e complementarità tra la giustizia penale (inter) nazionale e i diritti umani.

2. *Il controllo dell'esecuzione della pena irrogata dalla CPI*

Prima di esaminare i termini specifici della cooperazione tra la CPI e il CPT, e l'importante contenuto di tutele ivi contemplato, è necessario contestualizzare sul piano normativo le interazioni giuridiche tra gli attori coinvolti nella fase esecutiva della pena pronunciata dalla CPI e identificare la complessa trama di fonti applicabili in materia.

Come è noto, l'art. 103 dello Statuto di Roma affida l'esecuzione della pena detentiva inflitta dalla CPI ad uno Stato da essa designato secondo precisi criteri fra quelli presenti nella lista di Stati che hanno espresso mediante un accordo bilaterale la propria disponibilità a ricevere soggetti condannati in via definitiva.⁹³

Benché l'ordinamento penitenziario applicabile sia quello previsto dalla legislazione dello Stato incaricato dell'esecuzione che ne inquadra lo specifico regime detentivo, tuttavia la CPI non cessa di esercitare il proprio potere di controllo per l'intero periodo della reclusione. Tale interazione tra livello internazionale e livello statale trova il proprio fondamento normativo all'art. 106 dello Statuto, ove i commi 1 e 2 impongono un generale dovere di conformità delle vicende attinenti l'esecuzione della pena e delle condizioni detentive agli standard del diritto internazionale convenzionale. Il concreto funzionamento del sistema di controllo e dei rapporti si rinviene proprio negli accordi bilaterali siglati tra la CPI e i singoli Stati, siano essi generali, *ad hoc* o condizionati.⁹⁴ Gli accordi sull'*enforcement* si pongono quindi come *lex specialis* recanti disposizioni, tra le altre, sulle modalità di monitoraggio dell'esecuzione della sanzione, in particolare proprio con riferimento all'obbligo statale del rispetto degli standard internazionalmente accettati in materia di trattamento dei detenuti.

A tal fine, nei Preamboli degli accordi bilaterali viene fatto esplicito riferimento agli strumenti del diritto internazionale quali le “*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*” (Consiglio Economico e Sociale, risoluzioni n. 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e n. 2067 (LXII) del 13 maggio 1977), il “*Body of Princi-*

and the CPT concerning the monitoring of the conditions of imprisonment and treatment of certain persons convicted by the Tribunal”, 24 novembre 2000; “Exchange of letters between the Residual Special Court for Sierra Leone and the CPT” (24th General Report (CPT/Inf (2015) 1) para. 20.

⁹³ Cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN E A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, 2016, 251 ss.

⁹⁴ Ad oggi la CPI ha siglato accordi bilaterali sull'*enforcement* con i seguenti paesi: Argentina, Austria, Belgio, Colombia, Danimarca, Finlandia, Mali, Norvegia, Serbia, Svizzera, Inghilterra (generali), Repubblica Democratica del Congo (*ad hoc*). I seguenti paesi hanno espresso la propria disponibilità condizionata al momento della ratifica dello Statuto di Roma: Andorra, Repubblica Ceca, Honduras, Liechtenstein, Lituania, Slovacchia, Spagna, Svizzera.

ples for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment” (Assemblea Generale, risoluzione n. 43/173 del 9 dicembre 1988) e i “*Basic Principles for the Treatment of Prisoners*” (Assemblea Generale, risoluzione n. 45/111 del 4 dicembre 1990). L’ordinamento penitenziario nazionale si applica perciò compatibilmente con i principi e le regole ivi espressi, che proprio in virtù della loro previsione negli accordi bilaterali diventano cogenti per gli Stati esecutori della pena nel perseguire una buona organizzazione penitenziaria, e non già generiche linee guida non vincolanti. Fondamentale orizzonte normativo è rappresentato poi dal principio di non discriminazione scolpito all’art. 106, comma 2 dello Statuto di Roma, per cui le condizioni detentive non possono essere in alcun caso più o meno favorevoli di quelle che lo Stato applica ai condannati detenuti per crimini simili.

Oltre alle facoltà che la Presidenza della CPI detiene *ex officio* quali richiedere alle autorità nazionali informazioni, rapporti e consulenze di esperti, delegare un giudice o un membro della CPI presso l’istituto penitenziario e intrattenere una comunicazione libera e riservata con la persona ivi detenuta, quasi la totalità degli accordi bilaterali sinora conclusi prevedono la nomina del Comitato internazionale della Croce Rossa («CICR») quale organismo ispettivo internazionale indipendente (già autorità ispettiva indipendente del centro detentivo della CPI ai sensi della Regola 150 Regulations of the Registry).⁹⁵

Con l’entrata in vigore della collaborazione tra la CPI e il CPT, sarà quest’ultimo con ogni probabilità a venir designato negli accordi bilaterali quale organo ispettivo indipendente, in alternativa quindi al CICR, allorquando lo Stato incaricato dalla CPI per l’esecuzione della pena detentiva sia anche Stato membro della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

La fase dell’*enforcement* della pena detentiva irrogata dalla CPI è dunque tripartita sul piano degli attori responsabili, essendo prevista una continua interazione tra le autorità nazionali, la CPI e l’organismo esterno di monitoraggio del trattamento dei detenuti.

Sul versante delle fonti normative applicabili relativamente agli standard delle condizioni detentive, l’intervento del CPT amplia e rafforza notevolmente i contenuti di tutela dei diritti fondamentali delle persone private della libertà personale. Infatti, alle condizioni detentive disciplinate dalle legislazioni nazionali e dalle regole delle Nazioni Unite, si aggiunge un *corpus* di standard regionali elaborati progressivamente in seno all’esperienza del CPT, ormai divenuti anche un ineludibile e influente riferimento per la giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell’uomo («CEDU»).⁹⁶ Il CPT ha infatti reso pubblici nei suoi rapporti

⁹⁵ L’accordo sull’*enforcement* con l’Inghilterra entrato in vigore l’8 dicembre 2007 è l’unico, invece, a designare il CPT come autorità ispettiva al di fuori quindi di una formalizzata collaborazione con la CPI.

⁹⁶ Cfr. R. MULGREW, D. ABELS, *Research Handbook on the International Penal System*, Edward Elgar Publishing, 2016, 337.

una serie di standard frutto delle innumerevoli visite svolte nelle diverse strutture penitenziarie dei tanti Stati membri, fornendo così un prezioso catalogo contemporaneo e dettagliato di principi e buone pratiche a partire da una casistica concreta assai vasta propria delle mutevoli realtà carcerarie.

3. *Il CPT e l'attuazione del monitoraggio esterno*

A fronte di apparati normativi multilivello che concorrono a presidiare la tutela dei diritti fondamentali delle persone private della libertà, a prescindere dalla natura dei crimini commessi e dalla tipologia dell'istituto detentivo, occorre ora chiedersi sul versante applicativo come opera l'attività di monitoraggio esterno, per tentare infine di valutarne l'effettività complessiva.

Il CPT svolge il suo mandato per mezzo di un corpo di ispettori internazionali incaricati di visitare, periodicamente o *ad hoc*, le strutture detentive nel territorio degli Stati membri al fine accertare preventivamente gli standard carcerari e il trattamento dei detenuti, con l'obiettivo, se necessario, di rafforzare la loro protezione rispetto alla tortura o trattamenti disumani o degradanti. Si tratta quindi di un sistema di promozione e monitoraggio dei diritti umani estraneo a qualunque funzione giurisdizionale, la cui penetrante attività preventiva e di orientamento, tuttavia, affianca il meccanismo giurisdizionale di tutela e soddisfacimento di tali diritti ad opera dalla CEDU.

Ed è proprio nel pieno rispetto delle sue funzioni e del suo *modus operandi* descritti nella Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti che si colloca la collaborazione con la CPI.

Come si legge nello scambio di lettere, il CPT verrà notificato dalla CPI ogniqualvolta questa avrà concluso un accordo bilaterale con uno Stato membro della Convenzione nel quale il CPT sarà indicato come organo competente per il monitoraggio delle condizioni detentive. Qualora uno di questi Stati venisse poi designato dalla CPI per l'effettiva esecuzione della pena, al CPT verranno comunicati la decisione di condanna del soggetto, il relativo trasferimento e le informazioni rilevanti circa l'istituto penitenziario.

Le parti convengono inoltre che la frequenza delle visite ispettive venga decisa dal CPT nell'esercizio della discrezionalità di cui gode nel determinare la necessità e la tipologia dell'ispezione (art. 7 della Convenzione), con la sola condizione di effettuarne almeno una al soggetto condannato entro il primo anno di reclusione dal trasferimento. Ai sensi degli artt. 7 e 8 della Convenzione, nell'ambito di una visita, il monitoraggio può avere ad oggetto qualunque luogo dell'istituto detentivo e possono svolgersi colloqui privati sia con il personale penitenziario sia con detenuto, avendo quindi particolare riguardo alla materialità delle condizioni di ospitalità rispetto a tutti gli aspetti della vita quotidiana.

L'accordo prevede infine che lo Stato ha l'obbligo di notificare in anticipo alla CPI le ispezioni annunciate dal CPT e di trasmetterle i rispettivi rapporti. Sul con-

tenuto di questi ultimi si può rimandare a quanto prescritto all'art. 10 della Convenzione, ove si prevede che oltre allo svolgimento della visita vengano riportate le raccomandazioni relative agli standard carcerari contenenti delle possibili soluzioni e la richiesta a far pervenire una risposta da parte dello Stato sulle misure adottate.

Tuttavia, è rilevante precisare che il principio di confidenzialità governerà le interazioni tra la CPI, il CPT e le autorità nazionali. Sebbene non vi sia nello scambio di lettere un esplicito divieto di pubblicità dei rapporti, è ragionevole presumere che trattandosi di visite *ad hoc* nel contesto di una speciale cooperazione, gli interessi alla riservatezza e alla vita privata del soggetto detenuto prevarranno sul pubblico interesse alla trasparenza sull'organizzazione penitenziaria coinvolta.

La collaborazione sancita è dunque concepita per non alterare i principi di indipendenza, confidenzialità e cooperazione con gli Stati membri che fondano il mandato del CPT.

Non vi è dubbio che i risultati del monitoraggio esterno saranno funzionali alla CPI sotto molteplici profili. Innanzitutto, forniranno una valutazione competente e imparziale sulle concrete condizioni detentive alla luce anche dell'applicazione pratica del principio di non discriminazione e, laddove necessario, potrebbero innescare un generale processo di riforma dell'amministrazione penitenziaria in oggetto sotto l'egida delle raccomandazioni del CPT a beneficio di tutta la popolazione carceraria. Oppure, se le circostanze lo impongono, potrebbero giustificare l'eventuale trasferimento presso altro istituto di pena. Non è escluso inoltre che nel rapporto non vi siano informazioni rilevanti per la valutazione della condotta del detenuto, fattore che può essere apprezzato in occasione del giudizio sulla revisione della pena ai sensi della Regola 223 (a) delle Regulations of Procedure and Evidence.

Nell'intento di dar vita a un modello virtuoso di esecuzione della pena che guarda al futuro dell'attività punitiva, la CPI contribuisce a rafforzare, e non solo in chiave simbolico-comunicativa, la protezione dei diritti fondamentali dei soggetti privati della libertà personale in un'ottica di concreta esecuzione penitenziaria, indipendentemente dalle atrocità per le quali sono stati condannati e al di là delle derive retoriche che talvolta permeano il livello nazionale nella definizione dei contenuti del carcere.

CHIARA FUSARI

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Art. 2, Cedu

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 19 dicembre 2017, Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo (ric. n. 56080/13).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179556>

Con la sentenza in esame la Grande Camera, all'unanimità, ha accertato una violazione dell'art. 2 Cedu (profilo procedurale) in un caso di ipotizzata colpa medica.

Il caso riguardava il decesso del sig. Fernandes, evento che si era verificato al termine di un lungo periodo costellato da una serie di problemi di salute manifestati da quest'ultimo dopo aver subito, in data 27.11.1997, un'operazione di routine per rimuovere dei polipi nasali. Dopo tale intervento, infatti, il sig. Fernandes iniziava ad accusare forti dolori di varia natura, gli venivano diagnosticate diverse patologie (meningite batterica, ulcere duodenali, presenza del batterio Clostridium) e subiva diversi ricoveri. Durante l'ultimo di questi ricoveri il signor Fernandes moriva, in data 8 marzo 1998. Secondo il certificato prodotto dall'ospedale la causa era setticemia.

Dopo la morte del marito, la sig.ra Maria Isabel Lopes de Sousa Fernandes si rivolgeva a diverse istituzioni nazionali, lamentando di non aver ricevuto spiegazioni sull'improvviso deterioramento delle condizioni di salute e sulla morte del consorte. Ogni iniziativa legale intrapresa risultava tuttavia infruttuosa. In aggiunta, l'unico medico indagato e processato per omicidio colposo veniva prosciolto. Il tribunale distrettuale riscontrava infatti che non vi erano prove a sostegno della sua responsabilità.

La sig.ra Maria Isabel Lopes de Sousa Fernandes proponeva dunque ricorso alla Corte Edu, sostenendo, tra le altre cose, che vi era stata una violazione dell'art. 2 Cedu. Secondo la ricorrente, infatti, la morte del marito era stata determinata dalla negligenza ed incuria dello staff medico: suo marito aveva perso la vita a causa di un'infezione contratta in ospedale e di varie condotte negligenti verificatesi durante il suo trattamento; i medici incaricati di curarlo non avevano adottato le

misure necessarie per salvargli la vita. In aggiunta, le autorità non avevano chiarito la causa precisa del deterioramento della salute del defunto.

La Grande Camera ha deciso di esaminare le accuse solo sotto il profilo dell'affermata violazione dell'art. 2 Cedu.

Con riferimento alla morte del sig. Fernandes, la Corte Edu ha escluso che vi sia stata una violazione dell'art. 2 Cedu, profilo sostanziale. Più nel dettaglio, ha specificato che -tranne nei casi di manifesta arbitrarietà o errore- non è sua competenza mettere in discussione le valutazioni delle autorità nazionali (che nel caso specifico non avevano ravvisato gli estremi della colpa medica); tale limite alla sua competenza vale soprattutto nel caso in cui le valutazioni siano attribuite ad esperti, come nell'ipotesi al suo esame.

In aggiunta, la Corte ha escluso che i fatti possano essere ricondotti ad un caso di rifiuto di trattamento medico. Secondo i giudici infatti un presunto errore nella diagnosi ed un ritardo nella somministrazione di un trattamento adeguato, così come un presunto ritardo nell'esecuzione di un particolare intervento, non integrano automaticamente una negazione dell'assistenza sanitaria.

Da ultimo non vengono rinvenuti dalla Corte elementi a sostegno dell'esistenza di una disfunzione strutturale con riferimento agli ospedali coinvolti.

Alla luce di tutto questo, la Corte conclude affermando che gli obblighi gravanti sul Portogallo debbono essere circoscritti alla creazione di un adeguato quadro normativo idoneo ad obbligare gli ospedali, privati o pubblici, ad adottare misure appropriate per la protezione della vita dei pazienti. In quest'ottica, e tenendo conto delle regole dettagliate, delle norme e della prassi vigenti a livello nazionale, nella zona in esame, la Corte ritiene che il quadro normativo pertinente non presentasse carenze.

Venendo ai procedimenti nazionali condotti per accertare la dinamica dei fatti occorsi, la Corte ha rilevato che il sistema nazionale nel suo insieme non aveva fornito una spiegazione adeguata e tempestiva in merito alle circostanze della morte del sig. Fernandes. Più nel dettaglio, la Corte ha ritenuto che, laddove viene affermata l'esistenza di una catena di eventi probabilmente innescata da un atto di negligenza che potrebbe aver contribuito alla morte di un paziente (in particolare un'infezione contratta in ospedale), le autorità dovrebbero condurre un esame approfondito della questione, esame approfondito che nel caso in esame è stato omissso. I giudici nazionali, infatti, invece di eseguire una valutazione complessiva, hanno affrontato la catena di eventi come una successione di incidenti, senza prestare particolare attenzione al modo in cui questi potevano essere correlati l'uno con l'altro. Per queste ragioni, la Corte ha dunque ravvisato nel caso di specie una violazione dell'articolo 2 della Convenzione (parte procedurale) da parte del Portogallo.

* * *

Art. 3, Cedu

1) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 26 ottobre 2017, Azzolina e altri c. Italia (ric. nn. 28923/09 e 67599/10) e Blair e altri c. Italia (ric. nn. 1442/14, 21319/14 e 21911/14).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177915>

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177918>

Nelle due sentenze in esame la Corte si occupa, ancora una volta, dei maltrattamenti che cittadini di varia nazionalità hanno subito in occasione del vertice G8 tenutosi a Genova il 19-21 luglio 2001.

Si tratta, in particolare, degli episodi accaduti nella caserma di Bolzaneto dove numerosi manifestanti tratti in arresto furono condotti e sottoposti ad atti di violenza fisica e verbale di vario genere, quali ad esempio la marchiatura sul viso (una croce rossa apposta sulla guancia di coloro che provenivano dalla scuola Diaz-Pertini), il passaggio nel c.d. tunnel di agenti (il transito degli arrestati nel corridoio della caserma tra due file di agenti che insultavano e pestavano) le percosse, minacce ed ingiurie di natura prevalentemente sessuale e politica, la privazione del sonno, della toilette, dell'acqua, del cibo e delle cure mediche necessarie e altro ancora.

Per tali fatti sono state sottoposte a processo quarantacinque persone, tra le quali un vice-questore aggiunto, alcuni membri della Polizia di Stato, della Polizia Penitenziaria, dell'Arma dei Carabinieri e medici dell'amministrazione penitenziaria. Le imputazioni, stante l'assenza nel diritto interno del reato di tortura, furono circoscritte nell'ambito di fattispecie minori come lesioni, minacce, violenze, falso, abuso d'ufficio, favoreggiamento e altro, gran parte delle quali si sono prescritte durante il procedimento.

Dal punto di vista dell'art. 3 Cedu, i ricorrenti hanno denunciato l'assenza nell'ordinamento italiano di un reato che punisca la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti – che, a loro parere, avrebbe consentito di perseguire gli autori materiali ed i corresponsabili (in specie i superiori gerarchici) ed evitato l'applicazione della prescrizione – e lamentato la mancanza di una inchiesta effettiva sui fatti.

Preliminarmente nel solo caso Azzolina e altri c. Italia la Corte ha rigettato l'eccezione di ricevibilità sollevata dal governo italiano per il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne previsto dall'art. 35 Cedu. Invero i due ricorsi erano stati presentati allorché il procedimento penale era ancora pendente avanti la Corte di Appello di Genova, prima che la Corte di Cassazione fosse stata adita.

I giudici di Strasburgo hanno rilevato che tale condizione di ricevibilità può ritenersi sussistente se l'ultimo ricorso interno, nel caso *de quo* il giudizio di cassazione, si sia concluso poco dopo il ricevimento del deposito del ricorso alla Corte

Europea, ma comunque prima che la Corte stessa sia chiamata a pronunciarsi sulla ricevibilità dello stesso (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 aprile 2015, Ricorso n. 6884/11, Cestaro c. Italia e riferimenti *ivi* citati).

Quanto al merito delle due sentenze, la Corte di Strasburgo ha accolto i ricorsi ed in entrambe ha dichiarato che vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu, all'uopo richiamando anche il caso Cestaro contro Italia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 aprile 2015, Ricorso n. 6884/11, Cestaro c. Italia *cit.*) ed il più recente caso Bartesaghi Gallo contro Italia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 22 giugno 2017, Ricorsi nn. 12131/13 e 43390/13, Bartesaghi Gallo e altri c. Italia) entrambi relativi a gravi fatti commessi dalle forze dell'ordine durante il G8 di Genova.

Sotto il profilo sostanziale, la Corte ha ritenuto che i ripetuti atti di violenza a cui furono sottoposti i ricorrenti sono qualificabili come atti di tortura atteso che, alla luce di quanto ricostruito dai giudici interni, i fatti si caratterizzano per la gravità delle sofferenze inflitte e per la volontà deliberata di infliggerle.

Quanto al profilo procedurale, ovvero al dovere dello Stato di condurre una inchiesta effettiva ai fini dell'art. 3 Cedu, che porti alla identificazione e punizione dei responsabili e all'accertamento della verità (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 febbraio 2016, Ricorso n. 44883/09, Nasr e Ghali c. Italia nonché il caso Cestaro sopra citato) la Corte ha ribadito l'inadeguatezza della legislazione penale italiana, carente quanto a strumenti giuridici per la repressione della tortura.

Il vuoto legislativo rilevato nelle sentenze in esame nonché nei precedenti specifici citati, e le relative condanne hanno portato il legislatore interno all'approvazione della legge n. 110 del 14 luglio 2017, che con l'art. 1 ha introdotto il reato di tortura all'art. 613 *bis* c.p. nonché quello di istigazione del pubblico ufficiale alla tortura all'art. 613 *ter* c.p. (in ordine a tali delitti si veda G. Fiandaca, F. Musco, *Legge Orlando (profili penalistici). Il nuovo reato di tortura*, addenda a *Diritto Penale, Parte Speciale*, Zanichelli, 2017, p. 2 e ss.: A. Provera, *Artt. 613 bis-613 ter*, in AA.VV., *Commentario Breve al Codice Penale*, Cedam, 2017, p. 2113 e ss.).

Si tratta di fattispecie lungamente attese, che tuttavia presentano diversi aspetti critici, specie sotto il profilo della determinatezza (sul punto I. Marchi, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613 bis c.p.*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 31/7/2017; S. Tunesi, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 11).

2) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 26 ottobre 2017, Cirino e Renne c. Italia (ric. nn. 2539/13 e 4705/13).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177917>

La sentenza attiene ad un caso di violazione dell'art. 3 Cedu per fatti accaduti ai ricorrenti durante la detenzione presso la Casa circondariale di Asti.

In seguito ad un alterco con un agente di custodia, ciascuno dei due detenuti

era stato condotto in una cella della sezione isolamento, dove mancavano un adeguato accesso ai servizi igienici, il riscaldamento e la biancheria da letto e dove i ricorrenti furono sottoposti ad abusi fisici e verbali, accompagnati dalla privazione del cibo, dell'acqua, del sonno e del vestiario.

Per tali fatti furono indagati e processati cinque agenti di custodia con l'accusa di maltrattamenti (art. 572 c.p.) aggravata dall'abuso di poteri (art. 69 comma IX c.p.)

Il Tribunale aveva accertato che non si trattò di isolati atti di vessazione e abuso, ma di ripetuti maltrattamenti, posti in essere in modo sistematico, con pestaggi avvenuti regolarmente a tutte le ore del giorno e di notte; una "prassi generalizzata di maltrattamenti" che venivano inflitti all'interno della Casa circondariale ai quei detenuti considerati problematici. Nel giudizio di primo grado i fatti furono tuttavia qualificati come lesioni personali (art. 582 c.p.) e abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.) ed entrambi dichiarati prescritti. La Corte di Cassazione adita dal PM, per l'erroneità della qualificazione giuridica rispetto alla più grave imputazione di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.*, ha solo potuto rilevare che anche tale fattispecie nel frattempo si era prescritta.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che quanto subito dai ricorrenti, come ricostruito dal Tribunale e descritto nei ricorsi, integri una violazione dell'art. 3 Cedu sia per l'aspetto sostanziale sia per quello procedurale.

In particolare i maltrattamenti subiti vengono qualificati come tortura ricorrendo la gravità delle ripetute violenze fisiche, delle privazioni di cibo, acqua e servizi igienici; la notevole angoscia e sofferenza psichica; l'intenzionalità del trattamento subito dai ricorrenti, svolto in modo premeditato e organizzato.

In ordine all'aspetto procedurale, la Corte ha ribadito la carenza sistemica che caratterizzava la legislazione italiana in materia, ovvero l'assenza di disposizioni che consentissero di punire atti di tortura, richiamando il precedente caso *Cestaro c. Italia* (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 aprile 2015, Ricorso n. 6884/11, *Cestaro c. Italia*).

FRANCESCA MARCUCCI

* * *

Art. 7, Cedu

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 23 novembre 2017, *Haarde c. Islanda* (ric. n. 66847/12).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178700>

Nell'ambito della procedura di *impeachment* promossa dalla nazionale assemblea parlamentare nei confronti di alcuni membri dell'esecutivo al fine di vagliarne

le eventuali responsabilità con riguardo ai fatti che, successivamente alla crisi finanziaria del 2008, avevano portato al collasso delle maggiori banche del paese, il ricorrente – all’epoca dei fatti primo ministro – veniva ritenuto dal tribunale all’uopo istituito penalmente responsabile di aver violato il dovere di tenere riunioni dell’esecutivo in caso di importanti questioni di governo previsto dall’art. 17 della Costituzione e dalla Ottava sezione della Legge sulla responsabilità ministeriale. Infatti, nonostante fosse a conoscenza, dai primi mesi del 2008, delle gravi minacce che riguardavano il sistema bancario nazionale, il ricorrente ne trattò soltanto nelle ultime tre riunioni delle cinquantadue tenute tra il febbraio e l’ottobre di quell’anno. Il giudizio di responsabilità penale non comportava la condanna ad alcuna pena. Il ricorrente si lamenta, tra l’altro, della violazione dell’art. 7 della Convenzione, posta la vaghezza delle disposizioni a fondamento della condanna, rilevando come, rispetto al dovere di tenere riunioni dell’esecutivo, egli si fosse riferito a una risalente convenzione tra parlamento e governo osservata da più di un secolo che imponeva ai ministri di discutere soltanto su specifiche misure da sottoporre successivamente al Presidente della Repubblica ai sensi dell’art. 16 della Costituzione e non anche su importanti questioni di governo, per le quali a valere era un principio di discrezionalità.

La Corte osserva che, qualunque fosse la prassi seguita fino ad allora, tale tradizione non sollevava il primo ministro dal suo dovere di convocare l’esecutivo, posta l’inequivoca riconducibilità dell’eccezionale crisi finanziaria al genere delle importanti questioni governative considerato dall’art. 17 della Costituzione, alla cui interpretazione letterale induce il confronto con la diversa espressione linguistica utilizzata dall’art. 16, e tenuto conto della centrale importanza dell’art. 17 quale norma che fissa il principio di funzionamento del governo. La Corte, pertanto, conclude nel senso che non vi è stata violazione dell’art. 7 Cedu.

GIORGIO ABBADESSA

* * *

Art. 8, Cedu

1) Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Quarta Sezione, 31 ottobre 2017, Drago Ioan Rusu c. Romania (ric. n. 22767/08).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178175>

Con la sentenza in esame la Corte di Strasburgo si pronuncia sulla legittimità del sequestro e della contestuale intercettazione del contenuto di corrispondenza postale disposti d’urgenza su ordine del pubblico ministero.

Nel caso di specie il ricorrente era stato condannato dalle autorità nazionali per traffico di sostanze stupefacenti rinvenute all’interno di alcuni plichi spediti

dallo stesso. Essi venivano materialmente acquisiti ed il loro contenuto era altresì esaminato dal pubblico ministero appunto sulla base di un ordine urgente unilateralmente emesso dal medesimo titolare dell'accusa senza un previo controllo giurisdizionale, come consentito da una specifica disposizione del codice di rito penale rumeno. Sebbene l'intercettazione di comunicazioni fosse infatti normalmente subordinata alla preliminare autorizzazione di un giudice, si consentiva di prescindere da tale provvedimento nell'ipotesi di particolari situazioni d'urgenza.

Il ricorrente censurava senza successo tale *modus procedendi* innanzi alle autorità nazionali, denunciando infine la violazione del diritto al rispetto della propria corrispondenza sancito dall'art. 8, par. 1, della Convenzione.

I giudici riscontravano in effetti una violazione della disposizione convenzionale in quanto la speciale procedura richiamata finiva per obliterare un controllo giurisdizionale preventivo in ordine all'esecuzione della misura, affidando le relative valutazioni unicamente al pubblico ministero, autorità non indipendente dal potere esecutivo. Essendo in presenza di un'interferenza delle autorità nei diritti fondamentali del singolo, la riserva di legge di cui all'art. 8 impone infatti una specifica autorizzazione a disporre la sorveglianza rilasciata da un'autorità terza ed imparziale.

Neppure erano poi previste adeguate garanzie in una fase successiva all'esecuzione della misura capaci di riequilibrare la tutela in favore del soggetto sottoposto a sorveglianza: per quanto fosse stabilito in capo al titolare dell'accusa un onere di immediata informativa al giudice nazionale circa i controlli disposti, ciò non garantiva comunque un esame giurisdizionale *a posteriori* della loro legittimità (nello stesso senso cfr. di recente, con riguardo alle disposizioni russe in materia di sorveglianza di prevenzione, Corte e.d.u., Terza Sezione, Konstatin Moskalev c. Russia, 7 novembre 2017, in cui si censurava l'assenza di un effettivo controllo giurisdizionale per le intercettazioni autonomamente disposte d'urgenza dall'autorità di polizia).

Con particolare riferimento al caso di specie si aveva altresì cura di precisare che, pur volendo ritenere in astratto legittima la procedura d'urgenza *de qua*, sarebbe stato pur sempre necessario limitare in maniera rigorosa i casi eccezionali in cui ricorrervi. Tale stringente valutazione non sembrava essere stata effettuata in quanto il controllo veniva disposto ben due mesi dopo l'emersione dei primi indizi di reità a carico dell'accusato, con tempistica che avrebbe dunque senz'altro consentito l'attivazione della procedura ordinaria senza pregiudizi di sorta per le indagini.

La sentenza si distingue altresì per un'articolata *concurring opinion* in cui si analizza criticamente l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo relativo alla violazione dell'art. 6 della Convenzione in rapporto all'utilizzo in sede processuale di prove acquisite in maniera non conforme alle previsioni dell'art. 8. Si evidenzia infatti come la *case-law* della Corte e.d.u. arrivi generalmente a riconoscere la *fairness* di un procedimento anche se basato su elementi di prova ottenuti in violazione di un diritto fondamentale dei singoli, accontentandosi di

un giudizio limitato all'equità globale della procedura, tenendo principalmente in considerazione l'affidabilità ed il valore dimostrativo degli elementi di prova in questione, finendo così per frustrare il più delle volte le aspettative di tutela della propria riservatezza vantate dai singoli.

2) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, 7 novembre 2017, Dudchenko c. Russia (ric. n. 37717/05).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178344>

La pronuncia in commento si occupava di verificare la conformità alla Convenzione di alcune previsioni del codice di procedura penale russo relative all'intercettazione di conversazioni. Nel caso di specie il ricorrente contestava la legittimità dell'intercettazione di alcune conversazioni da egli intrattenute con un complice e con il proprio difensore, il cui contenuto veniva poi utilizzato nel procedimento penale a suo carico.

Quanto alla prima fattispecie la Corte giungeva a censurare il contegno delle autorità nazionali sulla base dell'insufficiente specificità dei requisiti cui veniva subordinata l'autorizzazione all'esecuzione del controllo in questione. Più nel dettaglio, i giudici evidenziavano come le rilevanti previsioni interne non potessero dirsi conformi allo standard qualitativo imposto dalla riserva di legge di cui all'art. 8, par. 2 della Convenzione, il che determinava a sua volta la sproporzione dell'attività di sorveglianza compiuta.

Si evidenziava infatti come la legislazione nazionale consentisse la deroga al diritto alla riservatezza del singolo anche in forza di vaghe indicazioni relative alla generica necessità del ricorso alla misura a fini investigativi, non supportate da specifici riscontri concreti e senza curarsi di dimostrare la sussistenza di sospetti ragionevoli a carico del soggetto sottoposto a controllo. Non poteva dunque dirsi esistente una valutazione sufficientemente approfondita in ordine all'effettiva necessità del controllo in una società democratica (per affermazioni analoghe, riferite più in generale alla legislazione russa in materia di intercettazioni, Corte e.d.u., Grande Camera, Roman Zakharov c. Russia, 4 dicembre 2015. Nello stesso senso poi di recente, con specifico riguardo alle previsioni relative alla sorveglianza condotta in sede di indagini di prevenzione, Corte e.d.u., Terza Sezione, Moskalev c. Russia, 7 novembre 2017; Corte e.d.u., Terza Sezione, Zubkov e altri c. Russia, 7 novembre 2017; nonché Corte e.d.u., Terza Sezione, Akhlyustin c. Russia, 7 novembre 2017, in cui, data la natura non strettamente riservata delle conversazioni intercettate, la legislazione statale consentiva addirittura di prescindere in radice da una preventiva autorizzazione giurisdizionale).

Quanto all'ulteriore censura riferita all'illegittima intercettazione delle conversazioni intrattenute dal ricorrente con il proprio legale, la Corte aveva altresì modo di evidenziare come l'art. 8 richieda un più elevato livello di protezione per disporre la captazione di dialoghi dal contenuto particolarmente sensibile, quali quelli

tra difensore ed assistito. Nella specie la Convenzione impone l'adozione di una normativa che consenta di definire in maniera chiara l'ambito di operatività del privilegio di riservatezza, prescrivendo altresì l'individuazione di apposite procedure nel caso in cui, durante un'intercettazione, si arrivi accidentalmente a carpire conversazioni tra legale ed assistito. Per dirsi conforme agli obblighi stabiliti dalla Convenzione, la normativa nazionale dovrà infine disciplinare in maniera rigorosa l'utilizzo, la conservazione e la distruzione del materiale riservato intercettato, istituendo appositi di controlli affidati ad autorità indipendenti diretti a verificare l'effettiva sussistenza del segreto professionale.

I giudici finivano così per riscontrare l'esistenza di una violazione in quanto la legislazione russa, pur riconoscendo formalmente la rilevanza del segreto professionale, non si preoccupava di istituire alcuna specifica garanzia nel senso sopra chiarito.

3) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda Sezione, 28 novembre 2017, Antović e Mirković c. Montenegro (ric. n. 70838/13).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178904>

Nel caso in esame alcuni docenti universitari censuravano la decisione delle autorità nazionali con la quale veniva rigettata una richiesta di risarcimento danni da loro stessi avanzata a seguito dell'installazione di alcuni dispositivi di videosorveglianza all'interno delle aule ove questi tenevano lezione. La decisione dei giudici nazionali si basava sulla scorta del rilievo per cui non poteva dirsi sussistente alcuna illegittima interferenza nella vita privata dei ricorrenti in quanto i luoghi assoggettati a sorveglianza erano da considerarsi spazi pubblici, né il controllo consentiva di acquisire dati di natura strettamente personale.

La Corte di Strasburgo ravvisava invece una violazione dell'art. 8 della Convenzione innanzitutto in forza della decisiva constatazione riferita all'ampiezza della nozione di vita privata accolta dalla sua giurisprudenza. Secondo l'accezione estensiva fatta propria dai giudici, infatti, è possibile riconoscere l'operatività della protezione assicurata dall'art. 8 anche nell'ambito di contesti non strettamente privati, essendo l'oggetto di tutela di tale disposizione identificabile in generale con il diritto all'identità ed alla libera estrinsecazione della personalità di ciascun individuo attraverso relazioni con altri soggetti e con l'ambiente circostante non condizionate da interferenze esterne.

Nel caso di specie era dunque possibile ravvisare l'esistenza di un'interferenza nella vita privata dei singoli in forza delle peculiari caratteristiche dello specifico contesto assoggettato a sorveglianza, ossia le aule universitarie all'interno delle quali gli insegnanti avevano modo di interagire con gli studenti, sviluppando relazioni sociali secondo un processo sociale meritevole di specifica tutela (l'aspetto viene ulteriormente valorizzato nella *concurring opinion* dei giudici Vučinić e Lemmens. In senso opposto invece l'opinione dissenziente dei giudici Spano, Bianku e

Kjölbro, secondo cui il contesto quasi pubblico della sorveglianza, la natura palese e limitata alle sole immagini video della registrazione, con l'esclusione della captazione di dialoghi, nonché il limitato periodo di conservazione dei dati raccolti, impedirebbero di ravvisare un pregiudizio alla riservatezza degli interessati).

Una volta constatata l'esistenza di un'interferenza nella vita privata dei singoli, la Corte esaminava la legittimità dell'intrusione, ravvisando come essa fosse stata giustificata sulla base di presupposti diversi da quelli che ne consentivano l'attivazione in forza della disciplina interna, ed in particolare anche al fine di sorvegliare l'attività di insegnamento dei docenti. Da ciò conseguiva la violazione dell'art. 8 in quanto il controllo risultava effettuato al di fuori dei presupposti di legge.

FABIO NICOLICCHIA

* * *

Art. 11, Cedu

1) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda Sezione, 14 novembre 2017, **Isikirik contro Turchia (ric. n. 41226/09)**.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178506>

Paradigmatico caso nel quale la Corte si profonde in un'accurata operazione ermeneutica intorno alla base legale interna, per arrivare a denunciare la violazione della norma convenzionale.

Un cittadino turco viene arrestato, sottoposto a custodia cautelare e condannato dalle autorità turche per due distinti fatti, giudicati in connessione tra loro.

Il prevenuto partecipava alle esequie di quattro membri del PKK rimasti uccisi in un'operazione di polizia; al termine della celebrazione funebre, un migliaio di persone si radunavano in forma di protesta all'indirizzo delle forze dell'ordine, per poi rendersi protagonisti di una sassaiola contro gli agenti presenti sul posto e del danneggiamento di alcuni edifici.

Inoltre, prendeva parte assieme ad altri soggetti all'occupazione di un edificio universitario, ispirata al perseguimento degli scopi del PKK.

Interrogato dall'antiterrorismo dichiarava, quanto al primo episodio, di aver effettivamente partecipato al funerale, come peraltro suffragato dai rilievi fotografici, senza avere tuttavia successivamente aderito all'attacco contro le forze di polizia; quanto all'altro, di aver solo stazionato di fronte al luogo dell'occupazione, senza ruoli attivi.

Ciò nondimeno, le autorità interne lo condannavano alla pena rispettivamente di 6 anni e 3 mesi, ed 1 anno e 8 mesi, sulla base della ritenuta appartenenza del soggetto all'organizzazione criminale del PKK e per aver diffuso propaganda in

favore della medesima consortereria. I giudici nazionali argomentavano in particolare la condanna sulla base del combinato disposto di due norme incriminatrici del codice penale turco, a mente delle quali, in buona sostanza, chiunque commette un reato per conto di un'associazione per delinquere, pur non essendo membro di tale associazione, deve essere punito alla stregua di un compartecipe.

L'interessato ricorre a Strasburgo, denunciando, tra le altre, la violazione dell'art. 11 Cedu, per aver subito una condanna ad una pena gravemente sproporzionata rispetto all'entità dei fatti.

La Corte accoglie la prospettazione dei fatti fornita dal ricorrente e va oltre il *devolutum*, individuando profili di frizione ulteriori e (potenzialmente) assorbenti rispetto a quelli denunciati nel gravame. Rileva invero il collegio che la previsione normativa richiamata dalle autorità interne per fondare la condanna non può considerarsi sufficientemente prevedibile nel significato accolto dalla giurisprudenza convenzionale, dal momento che la stessa norma, come applicata nella fattispecie, non aveva assicurato adeguata protezione contro interferenze arbitrarie alla libertà di riunione. Osserva al riguardo la Corte che il giudice di prime cure aveva addirittura ritenuto provata l'adesione al programma associativo, e conseguentemente la qualità di compartecipe, sul presupposto della mera partecipazione a due pubbliche manifestazioni, svoltesi in linea con le istruzioni impartite dal PKK, e della condotta tenuta dall'arrestato nel corso delle stesse, consistita nell'aver manifestato alcuni gesti di approvazione ed applaudito nel corso della cerimonia funebre.

Il combinato disposto delle previsioni incriminatrici venute nella specie in rilievo si risolveva quindi in ogni caso, quale che fosse la misura dell'adesione al programma associativo, ed in ultima analisi, in un'applicazione analogica *in malam partem* di quelle disposizioni normative.

I giudici di Strasburgo pervengono a siffatta conclusione rilevando che, per come formulata, la base legale interna è suscettibile di fondare una sanzione penale sotto forma di reclusione per una vasta gamma di condotte potenzialmente sussumibili nella fattispecie astratta, senza possibilità di determinarle a priori con accettabile grado di determinatezza.

Ne deriva che il tenore letterale della norma, unita all'analogia *in malam partem* che ne era stata effettuata, non ha garantito sufficiente tutela da un'indebita interferenza delle autorità nazionali. Rileva infatti la Corte che il *deficit* di prevedibilità e determinatezza della base legale si è riversato nella fattispecie concreta: la condanna pronunciata per quegli atti, rientranti nel campo di applicazione dell'art. 11 Cedu, non ha fatto distinzioni tra la posizione di un manifestante pacifista, ideologicamente legato agli scopi dell'associazione, e quella di un soggetto stabilmente legato al sodalizio criminale.

Così circoscritto il vaglio sul rispetto della riserva di legge, la Corte non manca peraltro di evidenziare l'inusitato – e quindi sproporzionato – rigore del trattamento sanzionatorio, riscontrando quindi la violazione dell'art. 11 Cedu in tutti i suoi elementi costitutivi.

2) Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Seconda Sezione, 19 dicembre 2017, Ogru e altri c. Turchia (ric. n. 60087/10 + 2).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179566>

L’espressa esclusione di una riserva di giurisdizione in materia di libertà *ex art.* 11 Cedu non dispensa i giudici nazionali dallo svolgimento di un accurato vaglio in punto di proporzionalità e adeguatezza delle misure amministrative irrogate dalle autorità interne, pena la violazione della norma convenzionale.

È il principio enucleabile dal caso *Ogru e altri contro Turchia*, nell’ambito del quale la Corte di Strasburgo ha riconosciuto l’interferenza con la libertà di riunione garantita dalla Convenzione, in relazione al pagamento di una multa irrogata a tre cittadini turchi per aver partecipato a diverse manifestazioni in contrasto con le modalità prescritte da un decreto prefettizio di quel Paese.

I ricorrenti lamentano in particolare l’indebita applicazione nei loro confronti di una sanzione amministrativa pecuniaria, disposta in violazione del provvedimento anzidetto, a tenore del quale era proibito impugnare manifesti, scandire slogan di protesta e, soprattutto, interferire con il regolare andamento del traffico veicolare, prescrizioni che gli interessati avevano invece puntualmente disatteso. Di qui l’applicazione della sanzione amministrativa, ritenuta dal Governo resistente in linea tanto con la base legale domestica, come già riconosciuto dai tribunali nazionali, quanto con la disposizione convenzionale invocata, in ragione della modestissima entità della sanzione – 70 euro circa per ciascun ricorrente – che non avrebbe raggiunto la soglia del pregiudizio rilevante, e della sua posteriorità rispetto alla manifestazione, il cui libero svolgimento non avrebbe quindi subito lesione alcuna.

La Corte Edu riconosce la sussistenza della violazione in adesione alla tesi sostenuta dai ricorrenti, secondo i quali il vaglio sull’interferenza con la libertà di riunione non può essere esclusivamente calibrato sull’entità della sanzione inflitta e sull’assenza di impedimenti al regolare svolgimento dell’evento, ma deve tener conto – prima ancora – dell’effettiva ragionevolezza dell’applicazione stessa della sanzione nel caso concreto; tale giudizio è formulabile soltanto in esito all’indefettibile scrutinio di proporzionalità che il giudice interno è chiamato ad effettuare anche al cospetto di una base legale che imporrebbe agli organi preposti l’automatica applicazione della sanzione, una volta accertata la corrispondenza dei fatti a quelli contemplati nella disposizione interna.

Al riguardo, richiamando i principi espressi nel *leading case Kudrevičius e altri c. Lituania*, recentemente ribaditi in *Lashmankin e altri c. Russia* del 7 febbraio 2017 (già segnalata su queste colonne), la Corte evidenzia che un’ingerenza è considerata “*necessaria in una società democratica*” per uno scopo legittimo soltanto se risponde ad un “*bisogno sociale imperativo*” e, in particolare, se è proporzionata allo scopo legittimo perseguito e se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla sono “*pertinenti e sufficienti*”.

In tale ottica, i giudici di Strasburgo – in un passaggio nodale della motivazione – estendono espressamente alla libertà di riunione un criterio di giudizio elabora-

to in materia di artt. 8 e 10 Cedu, per cui la qualità del controllo giurisdizionale sulla necessità della misura è garanzia di adeguatezza della stessa pur quando – o meglio, proprio quando – la relativa imposizione sia in linea con l'ordinamento nazionale. Solo in tal modo, infatti, l'adozione della misura sul piano interno viene legittimata anche nella prospettiva convenzionale.

Nel caso di specie invece, i giudici turchi, nel rigettare i gravami proposti dai ricorrenti, si sono limitati a richiamare i rapporti di polizia, rilevando che i manifestanti avevano marciato portando cartelli, scandendo slogan ed intralciando parzialmente o completamente la circolazione dei veicoli, con ciò violando le disposizioni del decreto, senza aver bilanciato i diversi interessi coinvolti, vale a dire l'esercizio del diritto di protesta pacifica, da un lato, e il mantenimento dell'ordine pubblico, dall'altro.

La Corte valorizza in tale prospettiva una precedente decisione resa dal medesimo tribunale distrettuale in differente composizione e riguardante una vicenda diversa ma sovrapponibile a quella esaminata. In quel caso, nel sindacare parimenti la legittimità di una sanzione amministrativa imposta per aver violato il medesimo decreto prefettizio, il giudice domestico aveva accolto il ricorso del manifestante, facendo applicazione diretta degli artt. 10 e 11 Cedu come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo in forza di una previsione costituzionale interna che abilitava – e tutt'ora abilita – i giudici turchi a dare immediata cogenza alle norme Cedu senza il tramite di parametri interposti.

Il collegio si richiama dunque a quella pronuncia per argomentare in senso adesivo, rilevando che l'omessa valutazione dei diversi interessi in gioco da parte del giudice del gravame – al di là del formale riscontro dei presupposti di fatto per configurare la violazione del diritto nazionale – si traduce sempre nell'inservanza dei principi dettati dall'art. 11 Cedu, che viceversa impone un adeguato sindacato giurisdizionale sull'applicazione della sanzione, in mancanza del quale l'interferenza con la libertà di riunione non potrà mai dirsi “necessaria in una società democratica”.

LORENZO CARSETTI

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sent. 26 ottobre 2017, Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky c. BB construct s. r. o. (c. C-534/16).

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=it&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-534%252F16&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=418095>

Raggiunta la soglia di volume d'affari di euro 49.790 al minimo, la società "BB construct" chiedeva di essere registrata ai fini IVA. In base alle pertinenti disposizioni della legge relativa all'IVA, la Direzione finanziaria slovacca imponeva alla società di costituire una garanzia per un periodo di 12 mesi. La garanzia ammontava a un importo di euro 500.000 e doveva essere costituita nel termine di 20 giorni. La costituzione di una tale garanzia era giustificata, secondo la Direzione finanziaria, dagli arretrati IVA di un'altra società, con la quale l'amministratore della "BB construct" aveva un collegamento personale/patrimoniale. La "BB construct" chiedeva l'annullamento o la riduzione di detta garanzia dinanzi alla Corte regionale di Bratislava. La Corte con sentenza annullava la decisione che imponeva la costituzione della garanzia in parola e la Direzione finanziaria impugnava tale sentenza dinanzi alla Corte suprema della Repubblica slovacca. La "BB construct" contestava, dinanzi a detto giudice, l'importo della garanzia, che sarebbe stato sproporzionato rispetto al volume d'affari, al punto da ledere la libertà d'impresa. Tale garanzia avrebbe dato luogo, così, a una sanzione a carattere retroattivo, fondata su fatti passati. Alla luce di tali argomenti, la Corte suprema, con rinvio pregiudiziale, interpellava la Corte di giustizia sulla compatibilità della disciplina nazionale con il diritto UE alla luce, tra l'altro, dei principi di legalità, di proporzionalità e di "ne bis in idem" in materia penale sanciti dagli artt. 49 e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: infatti, secondo la Corte suprema, tenuto conto dell'importanza di detta garanzia rispetto alle capacità finanziarie della società interessata, ci si sarebbe dovuto chiedere se la garanzia fiscale non costituisse una sanzione indiretta, ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti

dell'uomo. La Corte suprema osservava, d'altra parte, come la garanzia avesse il fine di impedire evasioni ed elusioni dei tributi, permettendo all'Amministrazione fiscale di recuperare gli importi dovuti in caso di eventuali pagamenti inevasi del nuovo soggetto passivo, nel corso dell'esercizio successivo alla sua registrazione.

La Corte di Giustizia, ritenendo la non incompatibilità della disciplina slovacca con il diritto UE, con particolare riguardo ai principi di legalità, proporzionalità e “*ne bis in idem*” in materia penale, osserva che l'applicazione di tali principi presuppone il carattere penale delle misure di cui si tratta. Tuttavia, la condizione di costituire una garanzia, quale quella di cui si trattava nel procedimento principale, non persegue una finalità repressiva, in quanto è pacifico che il soggetto interessato non ha commesso alcun reato e che lo scopo della misura consiste nell'assicurare l'esatta riscossione dell'IVA in avvenire. La mera circostanza, messa in evidenza dal giudice del rinvio, che, in ragione del suo importo, la costituzione di una tale garanzia può rappresentare un onere pesantissimo per il soggetto interessato non permette, nel caso, di considerare la garanzia come una sanzione penale ai fini dell'applicazione degli artt. 49 e 50 della Carta. Tali articoli, pertanto, non sono applicabili nella controversia oggetto del procedimento principale.

GIORGIO ABBADESSA

* * *

La Corte di Giustizia torna sui propri passi nella sentenza c.d. *Taricco II* e ridefinisce la portata del principio di legalità penale eurounitario (a margine di CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197423&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=517520>

1. *Il contesto*

La Corte di Giustizia, nell'ambito dell'*affaire Taricco*¹, con la sentenza del 5 dicembre 2017² in epigrafe, ha risposto ai quesiti posti con rinvio pregiudiziale

¹ Aperto, come noto, dalla sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, sulla quale v. almeno i numerosi contributi raccolti in AA.VV., C. PAONESSA-L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016; AA.VV., A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14, in www.giurisprudenzapenale.com, con osservazioni di A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti*, 6 dicembre 2017; in 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; in www.questionegiustizia.it,

ex art. 267 TFUE dalla Corte costituzionale nella ormai celebre ordinanza n. 24/2017³.

Come si nota leggendo il dispositivo, la Curia europea, in maniera forse sorprendente, si è discostata significativamente tanto dalla perentorietà del *dictum Taricco I*, quanto dalle *conclusioni* dell'Avvocato generale Bot, improntate a preservare il primato del diritto UE a tutti i costi, nonostante l'evidente *vulnus* ai diritti fondamentali degli imputati⁴.

con osservazioni di A. NATALE, *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, 7 dicembre 2017; in www.archiviopenale.it, con osservazioni di G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco bis" della Corte di Giustizia U.E.: verso una legalità senza legge?*, in www.archiviopenale.it, 2017, 3; M.L. FERRANTE, *La vicenda "Taricco" e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea – Grande sezione, 5 dicembre 2017*, in Dirittifondamentali.it, 2018, 1, 1 ss., in ptc. 43 ss.; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 12, 109 ss.; F. URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, in www.archiviopenale.it, 5 dicembre 2017; G. REPETTO, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II*, in www.diritticomparati.it, 21 dicembre 2017; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia porge 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.; sia consentito altresì rinviare a P. INSOLERA, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *questa Rivista*, 2018, 1, in corso di pubblicazione.

³ 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. Sull'ordinanza si veda, con varietà di accenti, la ricca raccolta di contributi 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*, Napoli, 2017. Questi i tre quesiti pregiudiziali formulati dalla Consulta: "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".

⁴ 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: C. CUPELLI, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso*

Può affermarsi dunque che la strategia “*diplomatica ma ferma*” della Consulta, volta a sollecitare una rivisitazione più meditata dell’interpretazione dell’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE elaborata nella prima decisione, abbia avuto successo.

I giudici europei, infatti, seguendo le sollecitazioni saggiamente formulate nella domanda pregiudiziale (in ptc. ord. n. 24/2017, § 9), sono stati in grado di assicurare protezione al principio di legalità (nelle sue declinazioni di garanzia di prevedibilità, determinatezza e irretroattività) tramite un *ampliamento della portata garantistica* del principio di legalità penale eurounitario di cui all’art. 49 CDFUE.

Non si è quindi riconosciuta l’applicabilità né dell’art. 53 CDFUE (clausola di non regressione del livello di tutela dei diritti fondamentali) né dell’art. 4, § 2, TUE (clausola che presidia l’identità politica e costituzionale degli Stati membri).

Rispetto a quest’ultima disposizione, la Corte di Giustizia non ha ritenuto necessario affrontare il tema, potenzialmente più dirompente, posto dal terzo quesito pregiudiziale, relativo alla compatibilità della “regola *Taricco*” con “*i principi supremi dell’ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona*”, attivabili come controlimiti ai sensi dell’art. 11 Cost.

Si è in particolare confermata la “riserva di verifica” del rispetto dei diritti fondamentali degli imputati spettante al “giudice nazionale” – prevista già dai §§ 53 e 55 della decisione *Taricco I*, secondo l’interpretazione “benevola” della Consulta – che impone di non dare luogo alla disapplicazione degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p., disposizioni aventi natura sostanziale e coperte dalle garanzie dell’art. 25, c. 2, Cost. nell’ordinamento costituzionale italiano, qualora si ritenga che essa contrasti con il principio di legalità in materia penale.

Si procede ora ad una breve disamina delle motivazioni della pronuncia.

2. *L’iter motivazionale della Corte di Giustizia*

Dopo una accurata ricostruzione in sede preliminare del contesto normativo e delle varie tappe che hanno portato al quesito pregiudiziale (§§ 1-21), la Corte si sofferma sull’importanza del rinvio pregiudiziale, strumento di cooperazione necessario ad instaurare un dialogo tra giudice europeo e corti nazionali, volto a garantire l’unità dell’interpretazione del diritto eurounitario e la sua piena efficacia, consentendo ai giudici degli Stati membri, in base a premesse interpretative valide, di giungere alla risoluzione delle controversie (§§ 22-23).

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, 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 nel caso “Taricco”: presagio di un contrasto insanabile?*, in *Archivio penale*, 2017, 3, 1 ss.; M.L. FERRANTE, *La vicenda “Taricco”*, cit., 27-35; 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 *questa Rivista*, 2017, 3, 13 ss.

Particolarmente rilevante nel *reasoning* il passaggio argomentativo (§ 28) nel quale la CGUE cerca di “giustificare” la struttura fortemente superficiale e anti-dialogica della prima sentenza – aprendosi la strada per un *revirement* – affermando che 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., era stato precluso *ab initio*. Tali elementi, infatti, “*non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all’origine della sentenza Taricco*”, non essendo stati affrontati nel primo rinvio del GUP presso il Tribunale di Cuneo⁵.

Di seguito, i giudici del Kirchberg confermano nella sostanza le statuizioni della sentenza *Taricco I*, in merito al significato da attribuire alle disposizioni dell’art. 325 TFUE, che peraltro *non* era stato posto in discussione dalla Consulta.

Nell’affrontare congiuntamente i primi due quesiti pregiudiziali, si conferma il “*nesso diretto tra la riscossione del gettito dell’IVA nell’osservanza del diritto dell’Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina una potenzialmente una riduzione delle seconde*” (§ 31).

È dunque obbligo degli Stati membri “*garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell’Unione*”, se necessario anche tramite la previsione e irrogazione di sanzioni penali dotate dei caratteri di effettività e dissuasività, nei casi di frodi gravi a danno degli interessi finanziari dell’UE in materia di IVA, di talché sarà loro compito garantire che “*le norme sulla prescrizione previste dal diritto nazionale consentano una repressione effettiva dei reati legati a frodi siffatte*” (§§ 31, 32, 34, 36).

Viene poi in rilievo anche l’ipotesi di cui all’art. 325, § 2, TFUE, tale da imporre agli Stati membri di “*adottare, per combattere contro la frode che lede gli interessi*

⁵ È uno snodo centrale dell’iter motivazionale, in quanto la Corte, sostanzialmente attribuendo la responsabilità di una rappresentazione del quadro normativo nazionale incompleta nel primo rinvio pregiudiziale al giudice di Cuneo, aziona un “meccanismo di discolpa” preventivo, che le permette di ritornare sui propri passi, senza contraddirsi, quantomeno in maniera manifesta: cfr. sul punto C. CUPELLI, *Ecce Taricco II*, cit., § 3.1, sottolinea come le considerazioni preliminari sullo strumento del rinvio pregiudiziale costituiscano un passaggio argomentativo “*funzionale ad un meccanismo di discolpa preventivo*” da parte della CGUE, che non era stata messa in condizione di apprezzare le specificità dell’ordinamento italiano (natura sostanziale norme sull’interruzione della prescrizione, attratte nell’alveo di garanzia del principio di legalità penale); A. NATALE, *Le tappe della cd. Saga Taricco*, cit., § 6, nota opportunamente che “*tutta la vicenda Taricco nasce ... da alcuni difetti di comunicazione giudiziaria*”; parla di “*addossamento della responsabilità sul G.U.P. rinviante*” M.L. FERRANTE, *La vicenda “Taricco”*, cit., 36-37, 47-49, che poi svolge ulteriori considerazioni conclusive relative alla problematicità della formulazione di rinvii pregiudiziali in materia penale, segnalando il *favor* per l’eccezione di costituzionalità espresso da Corte costituzionale, sent. n. 269/2017 e riferendosi ad un *vademecum* per i rinvii pregiudiziali pubblicato in data 25 novembre 2016 in Gazzetta Ufficiale U.E., che “*suggerisce*” una serie di valutazioni e di indicazioni che richiedono estrema attenzione e precisione. Viene poi da chiedersi al proposito come sia possibile che l’Assistenza Studi della CGUE, deputata anche – si presume – a svolgere ricerche in materia di diritto costituzionale comparato, in ausilio dell’attività della Corte, non si sia informata per tempo circa le specificità del nostro ordinamento e dell’elaborazione giurisprudenziale della Consulta.

finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari” (§ 37).

Si ribadisce (v. sentenza *Taricco I*, § 51) l'attribuzione di effetti diretti all'art. 325, TFUE, disposizione che “*pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi, che non sono accompagnati da alcuna condizione quanto all'applicazione delle norme enunciate da tali disposizioni*” (§ 38); spetterà quindi ai giudici nazionali verificare l'idoneità a pregiudicare gli obblighi di tutela delle norme nazionali, che nel caso degli artt. 160, u.c. e 161 c. 2, c.p., è già stata accertata (v. sentenza *Taricco I*, § 58), imponendosi pertanto la disapplicazione, al ricorrere delle condizioni indicate (§§ 39-40).

Qui la riaffermazione – assai discutibile – degli effetti diretti alla disposizione in questione, con la conseguenza di determinare una “*forma (molto) sui generis di efficacia diretta verticale invertita*”⁶, operante a pregiudizio dei diritti del singolo, che si vedrebbe assoggettato ad un regime punitivo più severo retroattivamente e sulla base di criteri indeterminati, a causa di un inadempimento statale.

Inoltre, la natura stessa della disposizione dell'art. 325, § 1, TFUE, norma non immediatamente precettiva e dunque priva di c.d. effetto sostitutivo, che, come ha precisato la Corte costituzionale, pone un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, ma difetta evidentemente del carattere di precisione, giacché “*omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo*” (ord. n. 24/2017, § 9), rende quanto mai difficoltoso individuare la disciplina da applicare⁷.

⁶ Tra i tanti, si sofferma in chiave critica sull'attribuzione di effetti diretti all'art. 325 TFUE, D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDI-Blog*, 25 febbraio 2017. Più approfonditamente, sulla natura “inedita”, rispetto ai tracciati consolidati della giurisprudenza della CGUE, e sulle problematicità 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 *I controlimiti*, cit., 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*, cit., 93 ss., 97-99; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *I controlimiti*, cit., 291 ss., 291-296.

⁷ Su tale aspetto v. da ultimo 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 ve-*

Uno snodo importante del ragionamento deve individuarsi nella netta affermazione della responsabilità politica dello Stato italiano con riferimento all'inadeguatezza repressiva delle disposizioni in materia di prescrizione (§ 41); qui si recepisce il concetto espresso con chiarezza dalla Corte costituzionale (ord. n. 24/2017, § 7), ricollocando nelle opportune sedi istituzionali politico-democratiche la soluzione del problema: *“Spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall’art. 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco. È infatti compito del legislatore garantire che il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all’impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”*.

Ma il passaggio forse decisivo, per consentire ai giudici europei di modificare la precedente decisione, è quello del § 44, laddove si fa riferimento alla *“parziale armonizzazione”* sopravvenuta, ad opera della Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, che all’art. 12 prevede l’armonizzazione della disciplina dei termini di prescrizione.

Poiché in precedenza – come aveva rilevato il Giudice delle leggi (ord. n. 24/2017, § 4) – non sussisteva alcuna armonizzazione, occorre preservare il *“margine nazionale d’apprezzamento”* dello Stato membro, essendo del tutto legittimo ricondurre, conformemente alla propria tradizione costituzionale, il regime legale della prescrizione nel diritto sostanziale, attirandolo nell’alveo delle garanzie dell’art. 25, c. 2, Cost. Pertanto: *“La Repubblica Italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel*

rificare, se necessario in Dialogo con la Corte di giustizia, la corretta interpretazione della normativa europea”. Mentre il presente contributo era in revisione bozze, sul punto è da ultimo intervenuta l’importante sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale, nella quale si afferma con forza la natura prioritaria dell’eccezione di incostituzionalità, rispetto alla disapplicazione, qualora vi sia contrasto tra norma interna e norma di diritto dell’Ue priva di efficacia diretta. La Corte - inoltre - facendo registrare una significativa evoluzione del suo precedente indirizzo interpretativo, ha precisato in un *obiter dictum* i rapporti tra diritto interno e CDFUE, indicando ai giudici comuni, in caso di sussistenza di profili di contrasto delle norme nazionali tanto con le disposizioni della Carta di Nizza, quanto con la Carta fondamentale nazionale, la necessità di essere interpellata prioritariamente tramite eccezione di incostituzionalità; al § 5.2 si afferma: *“laddove una legge sia oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 TFUE”*. Sulle complesse implicazioni dell’*obiter dictum* v. l’ampio dibattito sviluppatosi tra gli studiosi nei numerosi contributi consultabili all’URL <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>, selezionando la sentenza n. 269/2017 nella ricerca cronologica.

diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene” (§ 45).

Se dunque rimane valido quanto statuito in *Taricco I*, ossia che “*il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale il principio di legalità dei reati e delle pene*” (§ 57), deve nondimeno riconoscersi la legittima qualificazione della prescrizione come istituto di natura sostanziale e il conseguente innalzamento del livello di protezione costituzionale-nazionale.

Spetterà ai giudici nazionali verificare che l’obbligo di disapplicazione degli artt. 160, u.c. e 161 c. 2 c.p. non comporti una violazione dei diritti fondamentali degli imputati (§ 46), essendo consentito applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, “*a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretato dalla Corte, né il primato, l’unità o l’effettività del diritto dell’Unione*” (§ 47).

I profili di contrasto della “regola *Taricco*” con i principi di irretroattività e determinatezza delle norme penali sostanziali, denunciati dalla Corte costituzionale nella domanda pregiudiziale (§§ 49-50), offrono il destro alla Curia europea per ritornare *funditus* sul contenuto di garanzia e sulla specifica portata del principio di legalità dei reati e delle pene nell’ordinamento eurounitario. Queste sono forse le argomentazioni più apprezzabili della Corte di Lussemburgo⁸.

Individuati la prevedibilità, la determinatezza e l’irretroattività della legge penale applicabile (§ 51) quali tre “*requisiti*” che danno corpo al principio di legalità penale europeo, il giudice europeo si cura di identificarne il *fondamento normativo*.

Anzitutto, l’art. 49 CDFUE è applicabile agli Stati membri nell’attuazione del diritto UE, ai sensi dell’art. 51, § 1, CDFUE, e dunque quando essi adempiano all’obbligo di cui all’art. 325 TFUE tramite la previsione e irrogazione di sanzioni penali per le frodi all’IVA; tale obbligo, quindi, non può porsi in contrasto con l’art. 49 CDFUE (§ 52).

Secondariamente, il principio di legalità penale appartiene alle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” (nozione codificata all’art. 6, § 3, TUE, disposizione che però non viene espressamente richiamata dalla Corte) (§ 53).

Infine, conformemente all’art. 52, § 3, CDFUE – che sancisce l’equivalenza del contenuto di protezione rispetto alla CEDU – il significato dell’art. 49 CDFUE dev’essere stabilito in base alla giurisprudenza-fonte convenzionale *sub* art. 7, § 1, CEDU (§ 54).

Numerose sentenze della Corte di Strasburgo hanno delineato la “portata minima” del *nullum crimen* – già recepita in *Taricco I* – giusto la quale “*le disposizioni penali devono rispettare determinati requisiti di accessibilità e di prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena*” (§ 55).

⁸ Cfr. M. BASSINI-O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *VerfBlog*, 12 dicembre 2017.

Ulteriore profilo, strettamente correlato, riguarda il requisito della determinatezza della legge applicabile, il quale “*implica che la legge penale definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono*”, condizione che viene soddisfatta “*quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale*” (§ 56).

La CGUE qui sembra recepire le pregnanti affermazioni della Consulta (ord. n. 24/2017, §§ 5 e 9) relative alla necessaria determinatezza – da intendersi quale requisito *originario* ed *oggettivo* del *testo di legge* – presidio fondamentale, da un canto, del principio di separazione dei poteri (art. 101, c. 2, Cost.), dall'altro, della libertà di autodeterminazione del singolo⁹.

Per quanto concerne il divieto di retroattività, si statuisce che tale garanzia osta “*in particolare a che un giudice penale possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una norma nazionale prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto*” (§ 57).

Si accoglie così espressamente, espandendo la portata di garanzia minima (*supra*, § 55) la applicabilità – specifica caratteristica dell'ordinamento italiano – del principio di irretroattività a tutte le norme di natura sostanziale, che “*incidono sulla punibilità della persona*”, come quelle in materia di prescrizione. Divieto di retroattività che – come ha avuto modo di precisare la dottrina¹⁰ – assume contorni e protegge valori di “affidamento”, nel senso di *fairness*, non necessariamente coincidenti in maniera esatta con quelli che riguardano l'accessibilità al precetto e la prevedibilità delle pene.

Il triplice contenuto del principio di legalità penale eurounitario (prevedibilità, determinatezza, irretroattività) – in virtù della libertà riconosciuta all'Italia nel decisivo snodo del § 45 – si applica “*nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA*” (§58).

⁹ Si concentrano sull'importanza delle statuizioni relative al principio di determinatezza, conseguenti alla solenne “ripulsa” del giudice di scopo da parte della Consulta: G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco bis”*, cit., 8 ss., 14; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*, cit., § 5; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II*, cit., § 4.2.

¹⁰ Si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: 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.

Ciò ha due fondamentali conseguenze sul piano applicativo per i giudici nazionali.

Con riferimento all'istanza di determinatezza, spetta al giudice nazionale verificare se la condizione fissata dal § 58 della decisione *Taricco I* (impunità in un “numero considerevole di casi di frode grave”) “conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile”; in tale evenienza, il giudice nazionale “non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione” (§ 59).

Sul versante del divieto di retroattività, la Corte, preso atto che non sussisteva “ragionevole prevedibilità” rispetto all'interpretazione fornita in *Taricco I*, vulnerandosi così i corollari di garanzia accordati al regime di prescrizione italiano, provvede a “rimodulare” gli effetti nel tempo della prima decisione, con una sorta di inedito “*prospective overruling*”, soluzione di compromesso, volta a modificare il diritto vigente, senza vulnerare la prevedibilità e le legittime aspettative soggettive maturate nei procedimenti pendenti¹¹. I requisiti della legalità penale europea, infatti, “ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco*, il giudice nazionale disapplichì le disposizioni del codice penale in questione. Infatti, la Corte ha già sottolineato, al punto 53 di tale sentenza, che a dette persone potrebbero, a causa della disapplicazione di queste disposizioni, essere inflitte sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assoggettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato” (§ 60).

In cauda i giudici eurounitari statuiscono espressamente il *recedere* – nel caso di specie – del primato del diritto UE rispetto alla protezione dei diritti fondamentali: se il giudice nazionale dovesse ritenere che l'obbligo di disapplicazione sia in contrasto con il principio di legalità penale europeo, “esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione” (§ 61), poiché “spetta ... al legislatore nazionale adottare le misure necessarie come rilevato ai punti 41 e 42” (§ 61).

Quanto mai opportuna la reiterazione finale del richiamo al legislatore.

Essa consente, da un lato, sul piano argomentativo, di stemperare l'elevato livello di conflittualità tra Corti, coinvolgendo un soggetto istituzionale terzo, di certo

¹¹ Cfr. le osservazioni di: C. PERISTERIDOU-J. OUWERKERK, *A Bridge over Troubled Water – a Criminal Lawyer's Response to Taricco II*, in *VerfBlog*, 12 dicembre 2017 e E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis*, cit., 113, che osserva al proposito: “L'individuazione del punto di riferimento della retroattività non nella legge, ma in una sentenza che, secondo l'opinione tradizionale sulla natura dell'attività giurisdizionale, si limita a dichiarare il significato della legge, costituisce un chiaro riconoscimento della funzione non meramente cognitiva della giurisprudenza (almeno di quella della Corte europea) ed un elemento utilizzabile dai sostenitori della creatività (sia pure limitata) della stessa”.

meglio attrezzato per soddisfare i vincoli sovranazionali di quanto non sia il singolo giudice; dall'altro, in continuità con il solenne "ripudio" dell'idea di "giudice di scopo" di cui alla domanda pregiudiziale, ricolloca il problema dell'adeguamento della normativa interna agli obblighi sovranazionali nelle opportune *sedi politiche*.

Si nega pertanto, seppur implicitamente, che tale compito possa spettare alle giurisdizioni interne, con ciò aggirando le forme della democrazia rappresentativa nello *Stato Costituzionale di Diritto* (oltreché quelle previste dai *Trattati europei*), come era stato invece imposto dal *dictum* di *Taricco I*. E ciò neppure in caso di perdurante inerzia legislativa.

3. *Il dispositivo*

Sulla scorta di queste argomentazioni, si giunge a formulare un dispositivo "bi-partito": una prima parte, che conferma nella sostanza l'interpretazione dell'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, di cui al precedente *Taricco I* (fatto salvo l'opportuno riconoscimento espresso della natura sostanziale di tutte le norme prescrizionali italiane): "*L'art. 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*"; ed una seconda parte, dove si prevede che il giudice nazionale non dia attuazione all'obbligo ivi sancito, qualora "*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*" (§ 62 e dispositivo).

4. *Conclusioni: luci e ombre nella pronuncia e criticità di attuazione nel sistema interno*

La decisione – nonostante qualche passaggio argomentativo non cristallino ed alcune problematiche di non facile soluzione, specialmente dalla prospettiva del sistema UE¹² – è da salutare con favore, quale arricchimento della portata garan-

¹² Tra i più critici della decisione: M.L. FERRANTE, *La vicenda "Taricco"*, cit., 45-46, il quale non manca di evidenziare diversi aspetti negativi (*i.e.* la sottovalutazione della riserva di legge; lo svilimento del criterio del *best standard* di cui all'art. 53 CDFUE; la sopravvenuta armonizza-

tistica del principio di legalità penale europeo. Ampliamento conseguito attraverso uno sforzo dialogico-inclusivo, all'insegna di un autentico "costituzionalismo cooperativo" e pluralista, effettuato *in primis* dalla Consulta e non "gettato alle ortiche" a Lussemburgo¹³, dove si è scelto saggiamente di abbandonare la linea "radicale" tracciata nelle conclusioni dell'AG Bot.

Si è inoltre opportunamente riaffermato il fondamentale e insostituibile ruolo delle istituzioni politico-democratiche nella creazione delle norme penali, che non può essere aggirato, tramite "strappi", "atti di forza" per via pretoria.

Per quanto riguarda le conseguenze nell'ordinamento interno, il primo punto fermo è quello relativo all'impossibilità di disapplicare il disposto degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. nei *procedimenti penali aventi ad oggetto fatti di reato commessi prima dell'8 settembre 2015*, data della pubblicazione della prima decisione, in doveroso ossequio ai principi di non retroattività e di ragionevole prevedibilità soggettiva¹⁴.

Rispetto alla violazione della necessaria determinatezza, occorre osservare che la CGUE pare affidarne, in numerosi passaggi (§§ 46, 47, 48, 59, 61), la verifica al giudice ordinario. Si è sostenuto che in tal modo si sia inteso marginalizzare il ruolo del Giudice delle leggi quale "*giudice unico e ultimo*" dei controlimiti, dando vita "*ad una specie di sindacato diffuso del giudice comune, da cui verrebbe estromessa la Corte costituzionale*"¹⁵.

zione in materia di prescrizione, che, secondo la CGUE, imporrebbe ora all'Italia di qualificare le norme prescrizionali come processuali; la estromissione della Consulta nella valutazione di compatibilità con i controlimiti); v. anche C. CUPELLI, *Ecce Taricco II*, cit., § 4.3; da un'angolazione prettamente eurounitaria, con accenti negativi, D. BURCHARDT, *Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II*, in *VerfBlog*, 7 dicembre 2017, la quale critica severamente l'iter logico-giuridico della Corte, ritenendolo inconciliabile con i precedenti *Melloni* e *Akerberg Fransson*. Inoltre l'A. rileva che non vi è una chiara distinzione tra principio di legalità penale eurounitario e nazionale; ad avviso dell'A., piuttosto che a livello di principi europei (art. 49 CDFUE), come si prova ad argomentare, la Corte ha risolto il conflitto a tutto favore dei principi costituzionali italiani. La decisione, dunque, deve considerarsi una "*eccezione nascosta al primato*", molto rischiosa per il futuro, a causa della sua riproducibilità da parte di Alte Corti di altri Stati membri ed in riferimento anche a principi costituzionali diversi dalla legalità penale; più velate le critiche di C. PERISTERIDOU-J. OUWERKERK, *A Bridge over Troubled Water*, cit., ad avviso delle quali le motivazioni politico-istituzionali e il desiderio di "*constitutional peace*" giustificano "*a somewhat akward reasoning which does not make perfect sense on points of law, but it does in other ways, which could be more important here*".

¹³ M. BASSINI-O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb*, cit., plaudono alla decisione della CGUE, che "*riconsiderando (anche se non esplicitamente) il suo precedente giudizio alla luce di valori che sono parte del patrimonio costituzionale europeo, ha accettato il suggerimento della Corte costituzionale di identificare le tradizioni costituzionali comuni (invece dell'identità costituzionale) quale lingua franca del costituzionalismo cooperativo in Europa*".

¹⁴ C. CUPELLI, *Ecce Taricco II*, cit., § 4.3, si interroga problematicamente se il limite alla disapplicazione retroattiva debba valere anche per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015 (e fino all'attuazione della Direttiva PIF).

¹⁵ L'osservazione è di F. URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis"*, cit., 4; cfr. pure A. RUGGERI, *La Corte di giustizia porge un ramoscello*, cit., 5 ss., 8.

Permangono, dunque, alcune criticità, che si auspica la Corte costituzionale riesca a chiarire nella decisione che chiuderà l'incidente di costituzionalità aperto dalle ordinanze della Corte d'appello di Milano e della Corte di Cassazione.

Il Giudice delle leggi, dando seguito a quanto statuito nell'ordinanza di rinvio¹⁶, una volta ricevuta la conferma che la “regola *Taricco*” non deve essere applicata qualora contrasti con il principio di legalità penale, potrebbe dichiarare la questione inammissibile – si tratterebbe, all'evidenza, di un'inammissibilità ampiamente “vestita” – essendo cessata ogni ragione di contrasto e dovendo i giudici rimettenti applicare le previsioni normative controverse. Potrebbe inoltre definitivamente escludersi ogni possibilità di disapplicazione sulla base del criterio dell'impunità “in un numero considerevole di casi di frode grave”, per contrasto con il principio di determinatezza (*anche per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015*).

È ipotizzabile, dunque, una decisione dai contenuti interpretativi, supportati dai *dicta* della Corte di Giustizia. Come tale, l'arresto non esplicherebbe effetti ulteriori rispetto ai casi devoluti.

Si aprirebbe a questo punto la questione, da più parti colta, quando si presentino casi assimilabili alla vicenda *Taricco*: norme eurounitarie che confliggano con regimi punitivi nazionali in favore di una direzione *estensiva della punibilità*¹⁷.

La soluzione non potrà che essere rimessa alla *sensibilità istituzionale* del singolo giudice ordinario, che dovrà essere orientato proprio dal *leading case Taricco* (v. le statuizioni §§ 6 e 7, ord. n. 24/2017), non sottraendosi a un “obbligo” – che esprime al meglio i compiti del giudice penale nel nuovo scenario reticolare delle fonti – di devolvere la questione al Giudice delle leggi¹⁸.

Ulteriore nodo problematico è costituito dall'ipotesi di disapplicazione per violazione del principio di assimilazione (art. 325, § 2, TFUE). Il giudice europeo – come d'altra parte aveva fatto la Corte italiana – omette di differenziare nettamente tra le due, per vero profondamente diverse¹⁹, *ricadute disapplicative*.

¹⁶ Cfr. § 7: “*Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione [...] Se questa interpretazione dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa Taricco fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta*”.

¹⁷ Numerose e puntuali esemplificazioni vengono fornite ad es. da V. MANES, *La “svolta” Taricco*, cit., 212 e 216; V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.penalcontemporaneo.it, 20 giugno 2016, 1 ss., 14-15.

¹⁸ In questo senso v. anche le statuizioni nella citata sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale, § 5.

¹⁹ V. E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis*, cit., 115-117. L'A., partendo dalla diversità delle violazioni delle due ipotesi normative degli artt. 325, §§ 1 e 2, TFUE, (e delle rispettive ricadute disapplicative), nonché valorizzando la distinzione che la sentenza *Taricco II* – diversamente dall'ordinanza n. 24/2017 – sembrerebbe effettuare (v. §§ 11, 35-37, 59), sostiene che nulla osterebbe ad una disapplicazione degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. relativamente a frodi all'IVA commesse successivamente all'8 settembre 2015, per contrasto con il principio di assimilazione. Escluso il con-

Per quanto riguarda il controlimito della riserva di legge, evocato, invero, piuttosto timidamente nell'ordinanza di rinvio, per comprensibili ragioni di ordine strategico-diplomatico, non bisogna stupirsi del fatto che la Corte europea non ne tratti minimamente²⁰.

Sarebbe però opportuno che, nell'attesa decisione, il giudice costituzionale ponesse l'accento nuovamente, in maniera ancor più energica, sull'esigenza di soggezione del giudice penale alla *lex parlamentaria*, intesa come disposizione scritta generale ed astratta, così escludendo categoricamente che nel nostro ordinamento *ogni atto del potere giurisdizionale* (comprese le pronunce para-normative della Corte europea) possa legittimamente sostituirsi alle determinazioni espresse dal solo organo che gode della legittimazione democratica.

Per il momento, soprattutto alla luce delle premesse – tutt'altro che rassicuranti – non può che manifestarsi adesione, per una decisione fortemente influenzata da preoccupazioni politiche, e pertanto compromissoria e non chiarissima in alcuni snodi argomentativi, ma che nondimeno si sforza, con un evidente “passo indietro”, di assicurare la protezione di fondamentali principi di civiltà giuridica, comuni al patrimonio costituzionale europeo.

PIETRO INSOLERA

trasto con il divieto di retroattività, infatti, non si porrebbe, con riguardo alla violazione del principio di assimilazione, alcun problema di indeterminatezza della regola, giacché si dovrebbe applicare il disposto previsto per il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 *quater*, d.P.R. n. 43/1973), fattispecie secondo la CGUE assimilabile alle frodi all'IVA (§ 48, sentenza *Taricco I*), e però inclusa nell'elenco dei delitti dell'art. 51 c. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., rispetto ai quali, ai sensi del rinvio operato dall'art. 161, u.c., c.p., non opera il limite dell'aumento di un quarto stabilito “ordinariamente” nei casi di interruzione della prescrizione. Tale tesi, sostenendo la “*riespansione*” della, pur determinata, norma speciale *sfavorevole*, non pare condivisibile, nella misura in cui introduce ulteriori questioni, e non di poco momento, in tema di sindacato di ragionevolezza *in malam partem* e di applicazione analogica basata su una – assai approssimativa – lettura dell'*eadem ratio*. Sul punto v. le osservazioni critiche di V. MANES, *La “svolta” Taricco*, cit., 212 e nt. 35.

²⁰ Come ha osservato autorevole dottrina, con la consueta lucidità, condividendo l'approccio dell'ordinanza n. 24/2017: “rispetto al problema se e quali competenze abbia oggi l'UE in materia penale, l'ordinanza n. 24 non ha svolto – e non doveva svolgere – alcuna argomentazione”. Così D. PULITANO, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 aprile 2017, 8 ss., 9; particolarmente critico nei confronti della sentenza *Taricco II*, nella misura in cui essa si occupa di affrontare e svolgere unicamente le declinazioni di garanzia del *nullum crimen* della irretroattività e della determinatezza, “dimenticandosi” del *prius* costituito dalla riserva di legge, G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco bis”*, cit., 12 ss.; in senso analogo cfr. M.L. FERRANTE, *La vicenda “Taricco”*, cit., 45-46.

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Corte costituzionale, Ord. n. 256 del 2017 (ud. 8 novembre 2017, dep. 6 dicembre 2017) – Presidente P. Grossi, Redattore G. Coraggio.

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/12/13/50/s1/pdf>

Il giudice *a quo* solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, così come sostituito dall'art. 11 D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, per ritenuto contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., «*nella parte in cui prevede che, qualora prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo, con facoltà per il Giudice di “prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi” e non consente invece, almeno in determinati casi, di concedere un termine più lungo coincidente con lo scadere del piano di rateizzazione*».

Nell'ordinanza di rinvio, il giudice rimettente ritiene la norma, da un lato, irragionevole e contraria alla sua stessa *ratio* poiché, nell'ambito delle procedure concorsuali, può essere prevista una rateizzazione del debito tributario più ampia del termine semestrale, cosicché in tali ipotesi il contribuente sarebbe «sostanzialmente obbligato a rinunciare a quei termini dilatati di pagamento che la disciplina tributaria gli avrebbe altrimenti assicurato»; dall'altro, lesiva del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. in quanto si impedirebbe all'imputato di avvalersi di un'opzione difensiva (il pagamento del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento) che gli consentirebbe di andare esente da responsabilità penale.

In primo luogo, il Giudice delle leggi rileva l'inammissibilità della questione per due ordini di motivi: da un lato, il presupposto del ragionamento del giudice *a quo* è erroneo in quanto si omette di considerare che, nel caso di specie, la società che ha concluso il concordato preventivo è soggetto distinto dall'imputato (che ne è il legale rappresentante); dall'altro, l'ordinanza di rimessione auspica un intervento additivo il quale, non essendo una “soluzione obbligata”, è precluso alla Corte costituzionale.

In secondo luogo, la Corte ritiene la questione infondata in quanto l'impossibilità di optare per un pagamento anticipato rispetto al piano di rateizzazione sarebbe comunque conseguenza di una precisa scelta di accedere al concordato preventivo, di talché «la scelta del legislatore di consentire comunque di avvalersi della causa di non punibilità anche nei casi di rateizzazione del debito d'imposta, imponendo però un limite temporale alla sospensione del processo penale [...] apparirebbe un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco e un legittimo esercizio della sua discrezionalità».

FEDERICO MAZZACUVA

* * *

Corte costituzionale, Sent. n. 265 del 2017 (ud. 2 novembre 2017, dep. 13 dicembre 2017) – Presidente P. Grossi, Redattore F. Modugno

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/12/20/51/s1/pdf>

Con la sentenza che si segnala all'attenzione dei lettori, la Corte Costituzionale è tornata ad occuparsi della ragionevolezza dei termini di prescrizione previsti per taluni reati contro l'incolumità pubblica, già oggetto della Sentenza 143/2014 – più volte richiamata nel corpo della motivazione – che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 157, c. VI, c.p. nella parte in cui prevedeva il raddoppio del termine di prescrizione del delitto di incendio colposo (art. 449, in riferimento all'art. 423 cod. pen.), così determinando una anomalia di ordine sistematico, in quanto, stante la completa identità oggettiva delle due disposizioni, il termine di prescrizione della fattispecie colposa risultava superiore a quello della corrispondente ipotesi dolosa.

Nel caso di specie, la Corte è stata invece chiamata a pronunciarsi sul termine prescrizionale del delitto di disastro colposo (art. 449 c.p.) in relazione a quello previsto per il delitto di disastro doloso, di cui all'art. 434 c.p.

Come noto, il legislatore del 2005, con una scelta che risulta oggi confermata anche a seguito della cd. Riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103), che ha profondamente ridisegnato il volto della prescrizione, ha superato il criterio originariamente adottato dal Codice Rocco, in base al quale il termine di prescrizione dei reati veniva determinato tramite la loro ripartizione in sei "fasce di gravità" decrescente, in base alla pena edittale massima, a ciascuna delle quali corrispondeva un termine prescrizionale via via più ridotto, prevedendo un criterio unitario, in base al quale il tempo necessario a prescrivere è pari al massimo di pena edittale dei singoli reati, salva la previsione di una soglia minima, intesa ad evitare una troppo rapida prescrizione dei reati meno gravemente puniti, pari a sei anni per i delitti e a quattro anni per le contravvenzioni (art. 157, primo comma, c.p.).

A questa regola generale è stato tuttavia applicato un correttivo – previsto dall’art. 157, c. VI – in ragione del quale, per talune figure criminose, ritenute fonte di particolare allarme sociale, ovvero particolarmente onerose sotto il profilo della raccolta delle fonti di prova, il termine prescrizione è raddoppiato.

Nell’elenco dei delitti cui si applica tale correttivo vi è anche l’art. 449 c.p., che punisce con la reclusione da uno a cinque anni «chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nel secondo comma dell’articolo 423-bis, cagiona per colpa un incendio o un altro disastro preveduto dal capo primo di questo titolo» (ossia dal capo I del titolo VI del libro secondo del codice penale, relativo ai «delitti di comune pericolo mediante violenza»).

Questa regola – prima del richiamato intervento della Corte Costituzionale del 2014 – determinava tuttavia la già rilevata anomalia relativa al delitto di incendio, che se commesso con dolo era sottoposto ad un termine di prescrizione di sette anni, mentre se commesso con colpa veniva a prescriversi in dodici anni.

A parere dei remittenti, tuttavia, permarrrebbe un ulteriore elemento di irragionevolezza, rilevato nel combinato disposto degli artt. 157, c.VI, 434 e 449 c.p.

Infatti, per l’interazione di tali norme, i delitti di disastro doloso e colposo sarebbero sottoposti al medesimo termine di prescrizione: il primo perché punito fino a dodici anni (art. 434, c. II, c.p.), il secondo perché, pur essendo punito fino a cinque anni (art. 449 c.p.), in ragione della regola generale si prescrive in sei anni, raddoppiati però alla luce di quanto previsto dall’art. 157, c.VI., c.p.).

Nell’affrontare la questione, la Corte muove da alcune considerazioni generali sull’istituto della prescrizione, richiamando peraltro numerosi precedenti.

Innanzitutto *“la prescrizione, pur potendo assumere una valenza anche processuale, in rapporto alla garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), costituisce, nel vigente ordinamento, un istituto di natura sostanziale (...) ed è un “istituto la cui ratio «si collega preminentemente, da un lato, all’“interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, [...] l’allarme della coscienza comune” (sentenze n. 393 del 2006 e n. 202 del 1971, ordinanza n. 337 del 1999); dall’altro, “al ‘diritto all’oblio’ dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela” (sentenza n. 23 del 2013)» (sentenza n. 143 del 2014)”*.

Entrambe queste finalità si riflettono nella tradizionale correlazione tra tempo necessario a prescrivere e pena edittale, che riflette la gravità astratta del reato e del suo disvalore nella coscienza sociale.

La regola generale non è tuttavia inderogabile e il legislatore può legittimamente introdurre disposizioni ampliative dei termini di prescrizione ordinari, soprattutto in relazione a reati che determinino un particolare allarme sociale, tali da comportare una particolare *“resistenza all’oblio”*.

Lo stesso vale per reati che presentino particolari difficoltà di accertamento, in ragione della *“speciale complessità delle indagini richieste per il loro accertamento e dalla laboriosità della verifica dell’ipotesi accusatoria in sede processuale, cui cor-*

risponde un fisiologico allungamento dei tempi necessari per pervenire alla sentenza definitiva” (Così Corte Cost., Sent. 143/2014).

Come ovvio, la discrezionalità legislativa deve essere esercitata nel rispetto del principio di ragionevolezza, in modo tale da non determinare ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee, come era avvenuto nel caso dell'incendio, ove “*il legislatore aveva infatti ribaltato la «scala di gravità» espressa dalle comminatorie di pena, in coerenza con il rapporto sistematico che intercorre tra il dolo e la colpa, prevedendo per l'ipotesi meno grave (quella colposa) un termine di prescrizione quasi doppio di quello valevole per l'omologa ipotesi dolosa*”.

Ciò posto, la tesi dei rimettenti, per i quali sarebbe irragionevole la scelta adottata dal legislatore in rapporto al termine prescrizionale dei delitti di cui agli artt. 434 e 449 c.p., non è stata accolta dalla Corte Costituzionale, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Nelle motivazioni, si osserva innanzitutto che la Corte, con la Sent. 143/2014 “*non ha affermato, né in alcun modo adombrato, che vi sia una inderogabile esigenza costituzionale di scaglionare i termini prescrizionali in senso inverso rispetto a quanto la legge n. 251 del 2005 aveva fatto con riguardo al delitto di incendio: nel senso, cioè, che occorra stabilire, senza possibilità di eccezioni, per l'ipotesi colposa un termine diverso e più breve di quello valevole per la versione dolosa del medesimo reato*”.

Invero, l'assoggettamento delle due forme di realizzazione di uno stesso delitto – colposa e dolosa – ad un medesimo termine di prescrizione non è una anomalia: non solo nella vigenza del regime *tradizionale* vi erano numerose ipotesi in cui un delitto doloso e il suo corrispondente colposo finivano per ricadere nella medesima fascia di gravità, ma tale fenomeno si è acuito a seguito della scelta operata dal legislatore del 2005 di *reductio ad unum* del criterio di calcolo della prescrizione.

Peraltro, come viene efficacemente osservato: “*a differenziare la fattispecie dolosa da quella colposa, assicurando la proporzionalità del trattamento sanzionatorio al disvalore del fatto, provvede la pena*” e il fatto che la prescrizione abbia natura sostanziale non incide minimamente sulla sua eterogeneità rispetto alla funzione della pena.

Infine, si osserva come nel caso specificamente portato all'attenzione della Corte, ci si trovi “*al cospetto di vicende che –sebbene risultino ascrivibili a colpa– generano nell'attuale momento storico un allarme sociale particolarmente intenso e i cui effetti si manifestano spesso a notevole distanza di tempo, richiedendo nella generalità dei casi accertamenti complessi tanto nella fase delle indagini quanto in quella processuale (anche per il numero dei soggetti usualmente coinvolti)*” e che, pertanto, la deroga alla regola generale risulta particolarmente giustificata.

Da qui, la decisione di rigetto.

CONSIGLIO COSTITUZIONALE FRANCESE

Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2017682QPC2017682qpc.pdf>

Torniamo ad occuparci del delitto di consultazione abituale di siti internet con contenuto apologetico di atti di terrorismo, già oggetto di una precedente pronuncia di incostituzionalità resa dal *Conseil* nel febbraio del 2017, della quale avevamo dato conto nel numero 2/2017 di questa Rivista.

Con la *Décision n° 2016-611 QPC* de 10 febbraio 2017 era stato dichiarato non conforme a costituzione l'art. 21-2-5-2 del codice penale, introdotto dalla legge n. 2016-731 del 3 giugno 2016, che puniva “*Il fatto di consultare abitualmente un sito internet che metta a disposizione messaggi, immagini o rappresentazioni direttamente connessi alla commissione di atti di terrorismo, che facciano l'apologia di tali atti quando, a tal fine, tale sito rechi immagini o rappresentazioni che mostrino la commissione di tali atti, consistenti in attentati volontari alla vita*”, con la pena di due anni di reclusione e con 30.000 € di ammenda”.

Il secondo comma della norma prevedeva inoltre una clausola di riserva in forza della quale: “*il presente articolo non si applica qualora la consultazione sia effettuata in buona fede, avvenga nell'esercizio normale di una professione che abbia quale obiettivo di informare il pubblico, ovvero intervenga nell'ambito di attività di ricerca scientifica o sia realizzata al fine di raccogliere prove da utilizzare in un giudizio*”.

Nel pronunciare la propria decisione, il *Conseil* aveva rilevato come punire con una pena di due anni di reclusione una condotta consistente nella mera consultazione reiterata di un sito *web*, senza tenere minimamente in considerazione le reali intenzioni dell'autore, che potevano essere del tutto legittime, anche se al di fuori delle esenzioni di cui al secondo comma, finiva con il risolversi in una violazione del principio di libera manifestazione del pensiero, tutelato dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

A seguito di tale pronuncia, il legislatore aveva introdotto, con la l. 28 febbraio 2017, n. 258 in materia di sicurezza pubblica, una nuova fattispecie incrici-

minatrice, prevista dall'art. 421-2-5-2 del Codice penale, che puniva con la pena di due anni di reclusione e di 30.000 € di ammenda “*Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie*”, qualora a tale consultazione si accompagni “*une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service*”.

Al secondo comma, si esplicitava la nozione di motivo legittimo ai sensi del primo comma, tale essendo “*la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes*”.

Veniva così abbandonato il criterio della *buona fede*, richiamato dalla precedente formulazione della norma e ritenuto eccessivamente indeterminato dal *Conseil* nella pronuncia del febbraio 2017, mentre il compito di delimitare l'estensione del portato applicativo della norma era affidato alla richiesta di una *manifestazione di adesione all'ideologia espressa nei siti*, che doveva accompagnarne la mera consultazione.

Questi rimedi non sono però apparsi sufficienti al *Conseil Constitutionnel*, che ha dichiarato incostituzionale anche questa seconda formulazione della fattispecie.

Ancora una volta la decisione prende avvio dalla ricognizione dei poteri che il legislatore d'oltralpe ha riconosciuto all'Autorità giudiziaria e alle Autorità amministrative di polizia per individuare e sorvegliare coloro che siano sospettati di voler compiere attività terroristiche.

L'ampiezza di tali poteri consentono non solo di controllare i servizi di comunicazione via *web* utilizzati per compiere attività di apologia dei delitti di terrorismo, colpendo altresì coloro che li gestiscano, ma consentono anche di individuare e sorvegliare coloro che si limitino a consultare tali servizi e quindi di intervenire in quei casi in cui alla mera consultazione si accompagnino comportamenti rivelatori di una intenzione terroristica, prima ancora che tali progetti giungano ad una fase esecutiva.

Peraltro, il rilievo che assume la libertà di comunicazione nel sistema costituzionale francese impone di valutare con particolare attenzione ogni forma di incriminazione che restringa tale libertà.

Nel caso di specie, osserva il *Conseil* che il legislatore ha introdotto una fattispecie incriminatrice che punisce con la pena di due anni di reclusione il solo fatto di consultare a più riprese un sito internet, senza che da ciò possa desumersi alcun intento terroristico da parte dell'autore della consultazione, che viene così ad essere sanzionato nel caso in cui manifesti una forma di adesione all'ideologia vi viene espressa, anche se ciò non si traduce nel compimento di atti *contra legem*.

Alla luce di queste considerazioni, cui si aggiunge il rilievo circa l'incerta applicazione del criterio di esenzione dei *motivi legittimi di consultazione*, il *Conseil* ha dichiarato – nuovamente e con effetto immediato – costituzionalmente illegittimo l'art. 421-2-5-2 del Codice penale francese.

TOMMASO GUERINI

TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 130/2017, 13 de noviembre de 2017

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2017-15175.pdf>

La sentenza in commento offre occasione per riflettere sulla portata del diritto alla prova nel processo penale in Spagna. In effetti, il *Tribunal Constitucional* ha avuto modo di ribadire alcuni principi di certo rilievo ai fini del corretto utilizzo del diritto alla prova, il quale, tra l'altro, trova il proprio referente costituzionale nell'art. 24.2 CE.

Nel dettaglio, si ricorre in *amparo* contro la sentenza della sezione Terza della *Audencia Provincial* di Madrid, dell'aprile 2016, pronunciata in appello, che ha confermato quella del *Juzgado de Instrucción* di Madrid, del febbraio 2016, con la quale sono stati assolti tutti gli imputati per insufficienza della prova della loro colpevolezza.

Per la ricorrente in *amparo* vi è stata lesione del proprio diritto di difesa, sotto il profilo del diritto alla prova, nella misura in cui le è stato richiesto di apportare i mezzi tecnici necessari al fine di consentire l'assunzione del mezzo di prova, ossia la visione di registrazioni riferite ai fatti controversi. In altri termini, la questione sottoposta all'attenzione del *Tribunal* è se spetti all'organo giudiziale ovvero alla parte l'adozione dei mezzi tecnici necessari per la concreta assunzione del mezzo di prova richiesto, il quale, tra l'altro, si atteggia come decisivo ai fini processuali.

Ebbene, è nel solco della questione così delineata che si esprime il *Tribunal*, partendo dall'assunto secondo il quale il diritto alla prova ha carattere costituzionale e, dunque, una sua violazione, nella misura che individua lo stesso Tribunale, non può che essere censurabile. Il *Tribunal Constitucional* ha così ribadito (V. STC 212/13) che il contenuto essenziale del diritto ad utilizzare le prove pertinenti si integra con il potere del giudice di provocare quelle attività processuali utili al fine del raggiungimento del suo convincimento. Il Tribunale ha inoltre precisato come, dalla prospettiva di cui all'art. 24.2 CE, bisogna ben individuare quando una lesione è costituzionalmente rilevante. Risulta necessario, a questi fini, dimostrare che l'attività probatoria richiesta ma non ammessa o assunta fosse decisiva per la

difesa. La decisività della prova di cui si discute deve poi essere accuratamente motivata dal ricorrente in *amparo*, non potendo il *Tribunal Constitucional*, *ex officio*, provvedere ad un simile riscontro.

Nel caso di specie il ricorso merita accoglimento, essendosi prodotta una lesione del diritto alla prova di cui all'art. 24.2 CE, realizzatasi per il tramite della decisione assunta dal *Juzgado de Instrucción* di Madrid, che ha impedito l'assunzione di una prova decisiva o potenzialmente tale. Nei termini così ricostruiti dal *Tribunal Constitucional*, la lesione del diritto merita di essere censurata e, conseguenzialmente, il ricorso accolto.

ANTONIO PUGLIESE

CORTE SUPREMA BRITANNICA

UK Supreme Court, Brown (Appellant) v The Parole Board for Scotland, The Scottish Ministers and another (Respondents) (Scotland) [2017] UKSC 69

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0079-judgment.pdf>

Nel decidere il ricorso oggetto di giudizio, la Corte Suprema ripercorre – in un’articolata motivazione – la giurisprudenza di Strasburgo in tema di condizioni di legittimità (e non arbitrarietà) della privazione della libertà personale.

Il ricorrente, “frequentatore abituale” delle carceri, pluripregiudicato per una serie di delitti commessi con violenza e sotto l’effetto di alcool e stupefacenti, lamenta la violazione dell’art. 5 C.E.D.U. («*diritto alla libertà e alla sicurezza*») – le fondamentali prerogative riconosciute dalla Convenzione, come noto, sono state recepite nel Regno Unito con lo *Human Right Act* del 1998 – in ragione del fatto che, dopo aver scontato due terzi della pena detentiva ed aver ottenuto la “*license*” (assimilabile alla nostra “liberazione condizionale”), quest’ultima è stata revocata a seguito della commissione di un nuovo delitto, senza più possibilità di accedere a programmi di risocializzazione.

Nonostante il rigetto all’unanimità del ricorso, motivato dal fatto che l’“*appellant*” è tornato a delinquere malgrado i molteplici “*rehabilitation courses*” concessi durante i diversi periodi di detenzione, la Suprema Corte, nell’aderire al consolidato orientamento espresso dal Giudice europeo (in motivazione si citano, tra gli altri precedenti, *Saadi v. Regno Unito*, 2008 e *James v Regno Unito*, 2013), giunge ad affermare il principio generale secondo il quale, affinché possa escludersi la natura arbitraria della privazione della libertà personale (come tale contraria all’art. 5 C.E.D.U.), la conformità della stessa alle norme sostanziali e processuali è condizione necessaria, ma non sufficiente: occorre, altresì, che vi sia correlazione (e proporzionalità) tra condizioni di esecuzione del provvedimento restrittivo e scopo della privazione medesima. Ciò alla luce del fatto che la finalità ultima sottesa all’art. 5 C.E.D.U. è quella di proteggere l’individuo, appunto, dall’arbitrio.

Occorre precisare che il Giudice d’Oltremarica si riferisce, in motivazione, a due diversi tipi di provvedimenti giurisdizionali: l’“*indefinite imprisonment for*

public protection” (“IIP”) nel quale, una volta scontata la pena comminata dal giudice (“*punishment*” o “*tariff*”), la misura privativa della libertà personale può essere protratta per motivi di pubblica sicurezza (“misura di sicurezza”) in ragione dell’indole violenta del soggetto; l’“*extended determinate sentence*” (“EDS”), che si compone di un “*custodial term*” (periodo di detenzione in senso stretto) e un “*extension period*”, non superiore a 10 anni, di “libertà condizionale” revocabile. Ebbene, in applicazione del summenzionato principio, una volta scontato il “*punishment*” (per l’IPP) o una volta trascorso il “*custodial term*” (per l’EDS), all’individuo, che rimanga *in vinculis* per motivi di pubblica sicurezza, deve essere consentito un accesso tempestivo a misure di riabilitazione (§§ 56 e ss. della sentenza); principio esteso – in un *obiter dictum* relativo ai precedenti interni [R (*Kaiyam*) v *Secretary of State for Justice*, 2014, UKSC 66] – anche al “*life imprisonment*” (§ 23 della sentenza).

Nell’affermare tale principio, tuttavia, la Corte di Londra, da un lato, non manca di richiamare il “realismo” e la “flessibilità” della giurisprudenza europea secondo la quale, nell’applicare l’art. 5 C.E.D.U. nei termini anzidetti, occorre pur sempre avere riguardo alle risorse e alle strutture a disposizione dell’Amministrazione penitenziaria (§ 11 della sentenza); per altro verso, si premura di precisare che, anche qualora la detenzione fosse eseguita in violazione dell’art. 5 C.E.D.U. nei termini anzidetti, ciò non comporterebbe affatto – come affermato anche dalla Corte di Strasburgo – l’obbligo dello Stato membro di immediata scarcerazione del condannato, ma solo quello di porre rimedio predisponendo le opportune misure e riconoscendo un ristoro per il periodo in cui la detenzione è risultata arbitraria.

FEDERICO MAZZACUVA

CORTE SUPREMA STATUNITENSE

La problematica protezione della *privacy* nella *Digital Age*: brevi considerazioni sull'importante caso *Carpenter v. United States*, No 16-402

<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/carpenter-v-united-states-2>

1. Premessa

Dopo un anno caratterizzato da relativa “tranquillità”, determinata anche dalla particolare composizione a otto giudici del supremo collegio, in seguito alla scomparsa del giudice Scalia nel febbraio del 2016¹, quello apertosi il due ottobre del

¹ In tal senso v. ad es. M. FORD, *American Policing Goes to the Supreme Court*, consultabile all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/10/supreme-court-carpenter-cases/541524/>, 1 ottobre 2017, ove si precisa: “*I giudici supremi hanno giudicato meno casi rilevanti rispetto agli anni passati, in gran parte perché la Corte a otto membri ha evitato le questioni legali più importanti, nelle quali poteva verificarsi uno stallo di quattro voti a quattro*”; cfr. anche il report del CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, AA. VV., *Supreme Court October Term 2017: A Preview of Select Cases*, disponibile all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44956.pdf>, 1-3, ove si spiega che il Term iniziato nell'ottobre 2016 è stato ridotto sia per il numero di casi decisi sia per il contenuto, a livello di importanza e conseguenze, degli stessi. Ciò perché la Corte non disponeva, da un lato, del voto aggiuntivo per “decidere quali casi decidere” – com'è noto, in base alla c.d. *rule of four*, il voto di quattro *Justice* è in genere richiesto per acconsentire a valutare un caso nel merito – e, dall'altro, per “rompere l'equilibrio” nei casi più complessi e divisivi, nei quali si verificano contrapposizioni politico-ideologiche. La Corte – si rileva – è stata dunque più impegnata ad evitare “contrapposizioni” di quattro voti a quattro, ricercando maggiormente il compromesso ed il consenso per raggiungere l'unanimità (nel 59% delle questioni decise). In direzione analoga: M. KELLY, *A Quiet But Telling Year For Criminal Law In Supreme Court*, all'URL <https://www.hoganlovells.com/en/publications/a-quiet-but-telling-year-for-criminal-law-in-supreme-court>, 27 giugno 2017; R.K. LITTLE, *Annual Review of the Supreme Court's Term, Criminal Cases (2016-2017)*, disponibile all'URL https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/criminal_justice/2017/2017_ABA_Supreme_Court_Summaries.authcheckdam.pdf. Per una più diffusa trattazione delle modalità di funzionamento, di selezione dei ricorsi e decisionali della Corte suprema federale statunitense si può vedere, recentemente, l'ottima indagine comparatistica di F. FERRARIS, “Rationing Justice”. *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, 2015, in pct. 11-147.

2017 ha tutte le carte in regola per essere un *Term* ricco di casi gravidi di conseguenze in materia penale².

La conferma del giudice nominato da Trump, Neil Gorsuch, il cui approccio interpretativo *originalista-testualista* pare accostabile a quello di Scalia³, ha riconsegnato ai conservatori una maggioranza abbastanza solida nel collegio.

Ma ragionare sulla base delle “etichette ideologiche”, specialmente in ambito penale – come anche il caso che ci apprestiamo ad approfondire dimostra – può risultare fuorviante⁴.

Se alcune delle decisioni più interessanti della precedente annata avevano riguardato, da un lato, il sempre attuale e lacerante tema della discriminazione razziale nell’amministrazione della giustizia penale⁵ e, dall’altro, le irragionevoli limitazioni poste alla libertà d’espressione dalla draconiana legislazione penale repressiva dei c.d. *sex offenders*⁶, la principale questione che sarà affrontata dai *Justices* quest’anno è invece relativa all’ambito processuale penale.

Nel caso *Carpenter v. United States*⁷, la Corte sarà chiamata a trovare un punto di equilibrio nel delicato – e sempre più complesso, a causa degli incessanti e assai rapidi sviluppi tecnologici nella società – rapporto di tensione tra istanze di protezione della *privacy* e necessità correlate all’efficace svolgimento delle indagini (*recte*: raccolta delle fonti di prova) volte al perseguimento dei reati.

Più in particolare, la Corte ha concesso il *Certiorari* sulla questione: “*Whether the warrantless seizure and search of historical cellphone records revealing the location and movements of a cellphone user over the course of 127 days is permitted by the Fourth Amendment*” (“se la perquisizione e il sequestro in assenza di provvedimento giudiziale dello storico dei tabulati telefonici che rivela la posizione e i

² Cfr. più nel dettaglio le considerazioni svolte e i casi richiamati da M. FORD, *American Policing*, cit. e S.A. MILLER, *Preview of the Supreme Court’s October Term 2017*, consultabile all’URL <https://www.law.com/thelegalintelligencer/almID/1202797390913/>, 6 settembre 2017.

³ Sull’argomento sia consentito rinviare alle considerazioni più ampiamente svolte in P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, 3, 132 ss., spec. 192 ss.

⁴ Una ricca rassegna di decisioni in materia penale e processuale-penale della Corte suprema nelle quali l’applicazione dell’approccio *originalista-testualista* fatto proprio da Scalia ha coinciso con esiti interpretativi espansivi delle garanzie per soggetti indagati e/o imputati (c.d. *pro defendant* o *pro rights*) può ora leggersi nell’interessante volume di D.M. DORSEN, *The Unexpected Scalia. A Conservative Justice’s Liberal Opinions*, New York, 2017, 61 ss., 208 ss.

⁵ Cfr. sul punto, volendo, P. INSOLERA, *Discriminazione razziale nell’applicazione del diritto penale: due pronunce della Corte Suprema statunitense fanno segnare piccoli passi in avanti*, in *questa Rivista*, 2017, 2, 58 ss.

⁶ Cfr. sul punto, volendo, P. INSOLERA, *La Corte Suprema censura una presunzione di pericolosità indeterminata e irragionevole posta a fondamento del divieto di accesso ai social network da parte dei c.d. registered sex offenders*, in *questa Rivista*, 2017, 3, 33 ss.

⁷ Il *Certiorari* è stato concesso in data 5 giugno 2017, cfr. la cronologia all’URL <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/16-402.html>.

movimenti di un utente telefonico nel corso di 127 giorni sono consentiti dal Quarto Emendamento alla Costituzione federale”).

Com'è noto, il Quarto Emendamento dispone: “*Non potrà essere violato il diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, di fronte a perquisizioni e sequestri ingiustificati; e non si rilasceranno mandati di perquisizione se non su fondati motivi sostenuti da giuramento o da dichiarazione solenne e con descrizione precisa del luogo da perquisire e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare*”⁸.

La Corte Suprema – come sovente avviene – si trova dunque a dovere applicare fondamentali principi costituzionali di garanzia in contesti profondamente mutati, non solo rispetto all'epoca della redazione e ratifica della Dichiarazione dei Diritti, ma anche a qualche decade orsono, allorquando furono emesse le decisioni che costituiscono tuttora i c.d. *Governing Precedents* in materia.

Proprio qui risiede la estrema problematicità del caso: come bilanciare in modo adeguato le contrapposte esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona e di effettività del *law enforcement*, senza però sostituirsi al compito che spetterebbe in prima battuta al legislatore, in un mondo in rapidissima evoluzione tecnologica, nel quale diventa sempre più difficile assicurare la giusta protezione ai dati personali?

2. I fatti di causa, lo svolgimento del processo e le questioni giuridiche controverse

Per comprendere appieno la questione giuridica controversa, occorre riassumere i fatti di causa e il previo sviluppo processuale dinnanzi alle Corti federali inferiori⁹.

⁸ Com'è noto, la clausola costituisce un fondamentale presidio di garanzia nel sistema processuale penale statunitense. In caso di violazione dei requisiti imposti dal Quarto Emendamento, infatti, in base alla c.d. *Exclusionary Rule*, le prove illegittimamente acquisite, salvo rare eccezioni, non possono essere utilizzate. La Corte presieduta dal giudice Warren in *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) decretò l'inutilizzabilità di tutte le prove “ottenute illegalmente”, in violazione delle disposizioni del Quarto Emendamento, anche da parte delle forze di polizia statali, ampliando in modo significativo, tramite la c.d. *incorporation* del Quarto Emendamento agli Stati, per mezzo della *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento, la portata applicativa dell'*exclusionary rule*, prima limitata nella sua applicabilità all'azione del governo federale (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)). Più diffusamente v. per profili definitori e ricostruttivi delle complesse *Judicial Doctrines* relative al Quarto Emendamento l'URL https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment. Nella dottrina italiana cfr. AA.VV., R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2008, 14 ss.; V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Torino, 1987, 1-10; M. GRIFFO, *Il processo penale nel sistema statunitense. Spunti comparativi*, Napoli, 2015, 21 ss; sul c.d. *reasonableness balancing* nel contesto interpretativo e applicativo del Quarto Emendamento v. E.T. SULLIVAN - R.S. FRASE, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2008, 97-100, con casistica e letteratura ivi richiamata.

⁹ La ricostruzione è tratta dalla pagina dedicata al caso del *Legal Information Institute* della

Nell'aprile del 2011 vennero arrestati quattro soggetti sospettati di essere coinvolti a vario titolo in numerose rapine a mano armata commesse nell'area intorno alla città di Detroit.

Uno tra questi confessò all'FBI che nel corso di quattro mesi il gruppo aveva rapinato nove esercizi commerciali negli Stati del Michigan e dell'Ohio, e consegnò agli inquirenti i numeri telefonici dei correi, tra cui quello di Timothy Carpenter.

Successivamente, l'FBI, in forza della disposizione di cui al 18 USC § 2703(d) dello *Stored Communications Act*¹⁰, ottenne i tabulati delle conversazioni telefoniche e, soprattutto, le c.d. *cell-site location information* (CSLI), ovvero i dati relativi alla "localizzazione tramite celle"¹¹, riferiti ad un periodo di centoventisette giorni, riguardanti l'utenza mobile di Carpenter.

Questi venne incriminato con plurimi capi d'accusa riguardanti violazioni di fattispecie federali di rapina e *felonies* correlate al possesso di armi da fuoco.

Carpenter si vide respingere una c.d. "*motion to suppress*" (sostanzialmente, un'eccezione di inutilizzabilità) delle prove relative alle localizzazione tramite celle telefoniche, con la quale sosteneva che il Governo, conformemente al Quarto Emendamento, potesse accedere a tali dati soltanto previo ottenimento di un provvedimento giudiziale (mandato di perquisizione, "*search warrant*"), fondato sul soddisfacimento dello *standard* probatorio della c.d. *probable cause* (nozione latamente accostabile ai "gravi indizi di colpevolezza"¹²), ben più oneroso rispetto a quello imposto dalla disposizione dello *Stored Communications Act* soprarichiamata ("*sussistenza di motivi ragionevoli per ritenere che i contenuti di una comunicazione telefonica o elettronica, o i registri ovvero altre informazioni richieste, siano rilevanti e essenziali per una investigazione in corso*").

Successivamente, nel corso del processo di primo grado, i consulenti della pubblica accusa, grazie alle geo-localizzazioni ottenute, crearono una mappa che mo-

Cornell Law School, redatta da M. HORN, all'URL <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/16-402>.

¹⁰ Normativa federale che impone alle autorità inquirenti, per potere ottenere un provvedimento giudiziale (*court order*) per accedere ad informazioni in possesso delle compagnie telefoniche, come i tabulati, di dimostrare "*specifici e ben articolati fatti che provino la sussistenza di motivi ragionevoli per ritenere che i contenuti di una comunicazione telefonica o elettronica, o i registri ovvero altre informazioni richieste, siano rilevanti e essenziali per una investigazione in corso*".

¹¹ Per un inquadramento della tematica nell'esperienza italiana cfr. F.R. DINACCI, *Localizzazione attraverso celle telefoniche*, in AA.VV., A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014, 369 ss.

¹² Lo *standard* della *probable cause*, in linea di principio, si ritiene soddisfatto qualora sussista una "base ragionevole" per ritenere che un reato sia stato commesso (per l'arresto) ovvero che elementi probatori relativi al reato siano presenti sul luogo dove deve essere effettuata la perquisizione. Lo *standard* è stato definito nella *jurisprudence* della Corte suprema. Riconoscendone la fluidità e l'imprecisione di significato, dipendente dal contesto oggetto di accertamento, nella decisione *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983), la Corte lo ha descritto come uno *standard* "pratico, non tecnico", che trae significato dalle "considerazioni fattuali e pratiche della vita quotidiana in base alle quali un uomo di media prudenza agisce"; più diffusamente v. l'URL https://www.law.cornell.edu/wex/probable_cause.

strava come il telefono cellulare di Carpenter fosse “agganciato” a celle telefoniche situate ad una distanza tra mezzo miglio e due miglia rispetto ai luoghi delle varie rapine.

L'imputato venne ritenuto responsabile dei reati ascritti dalla giuria e la Corte distrettuale gli irrogò una sanzione di centosedici anni di pena detentiva (*sic!*)¹³.

In grado d'appello, dinnanzi al Sesto Circuito, l'imputato impugnava il rigetto dell'eccezione di inutilizzabilità già formulata.

La disposizione dello *Stored Communications Act* – si sosteneva – poneva in capo al Governo l'obbligo di soddisfare uno *standard* troppo basso per poter accedere ai dati sulle movimentazioni ricavati dal c.d. *cell-site location information*, per un periodo di tempo particolarmente protratto, e pertanto assai invasivo nei confronti dei profili più disparati della vita privata del soggetto.

L'attività di indagine in questione – si ribadiva – doveva ritenersi a tutti gli effetti una *search*, nel senso costituzionale del termine, quindi sottoposta all'ineludibile garanzia, prevista dal Quarto Emendamento, di previa emissione di un “mandato” giurisdizionale, fondato sulla ben più pregnante sussistenza di c.d. *probable cause*.

La Corte d'appello rigettava nuovamente le doglianze.

Anzitutto, si trovava supporto, per respingere le argomentazioni dell'appellante, nella consolidata elaborazione giurisprudenziale della Corte suprema (recepta, benché in modo non incontrovertito, anche nei precedenti dei vari *Circuits* federali¹⁴), che va sotto il nome di c.d. *Third Party Doctrine*¹⁵.

Secondo tale interpretazione, sviluppata negli anni settanta dalla Corte presieduta dal *Chief Justice* Burger nelle pronunce *United States v. Miller*¹⁶ e *Smith v. Maryland*¹⁷, se un soggetto fornisce volontariamente delle informazioni ad una “parte terza”, il Quarto Emendamento non impedisce al governo di accedere a tali informazioni, pur in assenza di mandato sottoscritto dal giudice.

In altre parole, il soggetto non gode di alcuna “legittima aspettativa di *privacy*”¹⁸

¹³ La giuria accertò la responsabilità di Carpenter per sei distinte violazioni dell'*Hobbs Act*, 18 U.S.C. § 1951(a) – delitto di rapina – e cinque distinte violazioni della disposizione di cui al 18 U.S.C. § 924(c), per avere “portato” su di sé un'arma da fuoco in relazione ad un reato federale violento, prestando un contributo nella commissione dei reati. Ogni fattispecie contestata – tranne una – prevedeva la pena minima obbligatoria fissa di 25 anni (*mandatory minimum sentence*), da irrogare – noi diremmo – in regime di cumulo materiale (c.d. *consecutive sentences*). Di qui la draconiana sanzione finale.

¹⁴ Cfr. sul punto CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, AA. VV., *Supreme Court October*, cit., 5 e nt. 38.

¹⁵ In tema cfr. J. VILLASENOR, *What You Need to Know about the Third-Party Doctrine*, all'URL <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/12/what-you-need-to-know-about-the-third-party-doctrine/282721/>, 30 dicembre 2013 e S.E. HENDERSON, *Carpenter v. United States and the Fourth Amendment: the Best Way Forward*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 2018, all'URL https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2994369, 1 ss.

¹⁶ 425 U.S. 435 (1976).

¹⁷ 442 U.S. 735 (1979).

¹⁸ Tale *standard* fu elaborato nell'importante precedente *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), nel quale la Corte Suprema dichiarò inutilizzabili, per violazione del Quarto Emendamen-

rispetto ad intrusioni governative, che possono avere luogo a prescindere da un *warrant* dell'autorità giudiziaria, emesso sulla base dello stringente requisito della c.d. *probable cause*.

In *United States v. Miller*, in particolare, non si riconobbe alcuna violazione del Quarto Emendamento nell'accesso, da parte dell'autorità inquirente, ai dati del conto corrente ed ai registri in possesso della banca riconducibili all'indagato. Si argomentò che: “*Il depositante si assume il rischio, nel rivelare i propri affari ad altri, che le informazioni verranno comunicate da quella persona al Governo. Questa Corte ha statuito ripetutamente che il Quarto Emendamento non proibisce l'acquisizione di un'informazione rivelata ad una parte terza e comunicata da questa alle autorità governative, anche se l'informazione è rivelata sulla base del presupposto che essa sarà utilizzata soltanto per uno scopo limitato e la fiducia riposta nella parte terza non sarà tradita*”. Nel precedente *Smith v. Maryland*, sulla scorta della medesima *ratio decidendi*, la Corte negò che il ricorrente (condannato per rapina) potesse godere di una ragionevole aspettativa di *privacy* riferita ai numeri telefonici, digitati da un dispositivo telefonico fisso, che la polizia aveva acquisito utilizzando una “penna registratore” installata dalla compagnia telefonica nei suoi uffici, in assenza di mandato di perquisizione.

Pur essendo stata limitata in successive decisioni, la c.d. *Third Party Doctrine* continua a rivestire un peso importante nella *Fourth Amendment Law*, costituendo un ostacolo per ricorsi come quello di Carpenter, che aveva di fatto accettato, con la sottoscrizione del contratto di servizio telefonico, di mettere a disposizione dell'autorità, in caso di comprovate esigenze, una molteplicità di informazioni, tra le quali i dati relativi alle sue geo-localizzazioni tramite celle.

Tuttavia – come vedremo esaminando l'*Oral Argument* – il “cuore del problema” sta proprio nella valutazione sulla perdurante *adequatezza* dei bilanciamenti sottesi ai precedenti summenzionati (e alla normativa dello *Stored Communications Act*, modificata da ultimo, per vero, nel 1994) a disciplinare uno scenario completamente rivoluzionato rispetto a quello degli anni settanta.

Allora, infatti, non era neanche immaginabile ipotizzare la quantità e la qualità dei dati sensibili che l'evoluzione tecnologica avrebbe “costretto” ogni persona a divulgare a “parti terze”, e la conseguente maggiore facilità di accedere, per la pubblica autorità, ad ogni sfera della vita privata.

La Corte d'appello non condivideva poi l'ulteriore argomento di Carpenter, secondo cui la propria fattispecie era assimilabile a quella recentemente decisa dalla *Supreme Court* in *United States v. Jones*¹⁹.

to, le intercettazioni telefoniche ottenute tramite un registratore occultato all'esterno di una cabina telefonica, affermando che per avere una violazione della previsione costituzionale non è necessaria l'intrusione fisica, dal momento che essa protegge “*le persone, non i luoghi*”. In una *concurring opinion* che si sarebbe rivelata molto influente il giudice Harlan diede forma ad uno standard giudiziale incentrato sulla verifica di una “ragionevole aspettativa di *privacy*” da parte del soggetto, quale criterio principale per verificare eventuali violazioni del Quarto Emendamento.

¹⁹ *United States v. Jones*,---U.S.---, 132 S. Ct. 945 (2012).

In quel caso, nell'ambito di una indagine federale relativa al reato di *drug conspiracy*, la polizia, in assenza di mandato, aveva attaccato dei rilevatori GPS alla parte inferiore del veicolo di un sospettato, che ne avevano monitorato tutti gli spostamenti ininterrottamente per un mese.

La decisione della Corte, redatta da Scalia, piuttosto che valutare i fatti domandandosi se l'attività di indagine avesse invaso eccessivamente la "ragionevole aspettativa di riservatezza" del soggetto, si concentrò sulla questione se l'intrusione fisica posta in essere potesse integrare gli estremi del reato di *trespass* all'epoca della fondazione²⁰.

Tramite una meticolosa analisi testuale del IV Em. – che protegge, tra l'altro, anche gli "effects" (beni) dell'individuo – e di numerosi antichi *common law cases* inglesi, si concluse che "senza alcun dubbio una intrusione fisica di tal fatta sarebbe stata ritenuta una perquisizione secondo il significato del Quarto Emendamento quando esso fu adottato".

Fu impiegata, dunque, l'altra tipologia di approccio all'analisi del Quarto Emendamento, la c.d. *Property-Based Theory*, più attenta al significato originario della clausola e funzionale alla ricerca di maggiore oggettività rispetto al *balancing* della "ragionevole aspettativa di riservatezza"; essa potrebbe trovare, e lo vedremo, un nuovo sostenitore nel giudice Gorsuch.

La Corte d'appello del sesto circuito, tuttavia, non accoglieva neanche questo profilo del gravame di Carpenter.

Tramite un *distinguishing*, si notò che mentre le movimentazioni monitorate tramite GPS in *Jones* erano state apprese *direttamente* dalle autorità di polizia, che avevano installato i dispositivi segretamente sotto l'auto (ecco l'intrusione fisica), i dati sulle localizzazioni dell'imputato erano state ottenute da una "parte terza", la compagnia telefonica, alla quale erano state volontariamente rivelate, perciò dovendosi ritenere sensibilmente diminuita la ragionevole aspettativa di *privacy* del soggetto.

La Corte di seconda istanza, dunque, concludeva che il Congresso, tramite l'emanazione dello *Stored Communications Act*, avesse inteso escludere che l'acquisizione dei registri della compagnia telefonica (*business records*), contenenti le localizzazioni tramite celle, potesse costituire una *search* (perquisizione).

La pretesa in senso contrario di Carpenter doveva pertanto ritenersi priva di fondamento.

Una volta individuati i più rilevanti profili di fatto e di diritto, e prima di esaminare brevemente l'*oral argument*, occorre però ritornare un attimo sulla sentenza *United States v. Jones* del 2012, soffermandoci su un aspetto importante per meglio comprendere il caso *Carpenter v. United States*.

²⁰ Su tale metodologia d'interpretazione cfr. *amplius* AA.VV., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence and His Impact on the Court*, report del *Congressional Research Service*, disponibile all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44419.pdf>, 18 marzo 2016, 16 ss.; D.M. DORSEN, *The Unexpected Scalia*, cit., 61-69.

L'*Opinion of the Court*, estesa da Justice Scalia (condivisa nella motivazione e nel dispositivo dai giudici Kennedy, Thomas, Roberts e Sotomayor)²¹ – come detto – si fondò precipuamente sulla c.d. *Property-Based Theory* del Quarto Emendamento e sulla valorizzazione del c.d. *Physical Trespass Test*.

Tuttavia, il giudice progressista Sotomayor, pur condividendo il percorso argomentativo della maggioranza – quanto all'“*irreducible constitutional minimum*” di tutela garantito dalla tradizione del *common law* – nella sua *concurring opinion* sostenne con forza la necessità di confrontarsi anche con il diverso approccio della verifica sull'eccessiva intrusione nella ragionevole aspettativa soggettiva di *privacy*, preminente nella *case law* della Corte suprema, a partire dalla decisione *Katz v. United States*.

Più in particolare vennero sollevate, con lungimiranza, alcune questioni problematiche – allora non decisive per la soluzione del caso – che assumono invece rilievo centrale nella controversia oggetto di esame.

Nell'interrogarsi circa la ragionevole aspettativa a non rendere accessibili alla pubblica autorità i dati relativi a tutti i propri spostamenti per un significativo frangente temporale – in grado di rivelare opinioni politiche, credenze religiose, abitudini sessuali e così via – Sotomayor dubitava che potesse escludersi la protezione costituzionale in maniera categorica soltanto sulla base della c.d. *Third Party Doctrine*: “*Più fondamentalmente, potrebbe essere necessario riconsiderare la premessa che un individuo non gode di una ragionevole aspettativa di privacy con riferimento alle informazioni volontariamente rivelate a parti terze. Questo approccio è inadatto all'era digitale, nella quale le persone rivelano molte informazioni relative alle proprie vite a parti terze durante lo svolgimento delle faccende quotidiane. Le persone svelano i numeri telefonici che digitano e scrivono ai loro fornitori di servizi di telefonia; gli indirizzi web che visitano e gli indirizzi e-mail con i quali scambiano corrispondenza ai loro fornitori di servizi Internet; e i libri, gli alimentari e i medicinali che acquistano ai loro venditori on-line. Forse, come nota il giudice Alito, alcune persone possono ritenere che lo ‘scambio’ tra riservatezza e beni ‘valga la pena’, o giungere ad accettare questa ‘diminuzione’ di riservatezza, perché ‘inevitabile’. Per quanto mi riguarda, dubito che le persone accetterebbero senza lamentarsi la rivelazione al Governo, in assenza di mandato, di una lista con tutti i siti Web che hanno visitato nell'ultima settimana, mese o anno. Ma quali che siano le aspettative della società, queste persone possono ottenere uno status di protezione costituzionale*”.

²¹ Altri quattro *Justices* (Alito estensore, insieme a Breyer, Kagan e Ginsburg), condividevano soltanto l'*holding*, criticando aspramente il *reasoning* originalista della pronuncia redatta da Scalia. A loro avviso, infatti, il monitoraggio per un mese degli spostamenti tramite GPS installato sull'automobile invadeva eccessivamente la sfera di *privacy* del ricorrente, e pertanto doveva ritenersi lesivo del Quarto Emendamento in assenza di mandato giudiziale, a prescindere dal significato originario della clausola e dalla violazione del diritto di proprietà, giacché “*l'aspettativa della società è che gli agenti di law enforcement non potrebbero, e infatti in generale semplicemente non possono, monitorare e catalogare ogni singolo movimento della macchina di un individuo per un periodo di tempo molto lungo*”.

adeguata soltanto se la nostra elaborazione giurisprudenziale cessa di considerare la segretezza un prerequisito della riservatezza. Io non darei per scontato che tutte le informazioni volontariamente rivelate a un qualche membro del pubblico per uno scopo limitato non debbano godere, per questa ragione soltanto, della protezione garantita dal Quarto Emendamento”.

Prendendo le mosse da queste osservazioni, si passa ora ad analizzare concisamente le prospettive emerse nel corso della discussione dinnanzi all’Alta Corte.

3. *L’Oral Argument del 29 novembre 2017: le diverse prospettive espresse dai giudici supremi*

Come si è rilevato²², il fatto che nessun giudice attualmente in carica facesse parte del collegio quando furono decisi i casi in cui si elaborò la c.d. *Third Party Doctrine*, nonché la molteplicità di opinioni e distinti approcci interpretativi – emersa ad esempio nel precedente *Jones* – rendono pressoché impossibile formulare ipotesi precise su come verrà deciso il caso.

Le considerazioni che seguono si limitano dunque a cogliere alcuni spunti problematici e prospettive espresse nel corso della discussione.

In termini generali, si è osservato che la Corte – nella maggioranza dei suoi componenti – si è mostrata assai sensibile rispetto all’esigenza di *rivisitare lo stato delle cose*, nel senso di riconoscere una eventuale violazione del Quarto Emendamento²³.

²² Sono considerazioni svolte da autorevole dottrina processual-penalistica, in particolare dal prof. Orin Kerr, riportate in: R. LOVELANCE, *The Supreme Court’s 5 most contentious cases and how experts think they’ll rule*, all’URL <http://www.washingtonexaminer.com/the-supreme-courts-5-most-contentious-cases-and-how-experts-think-theyll-rule/article/2636027>, 29 settembre 2017. Si noti che il prof. Kerr ha redatto e depositato un *Amicus Curiae Brief* – ovvero una memoria a supporto delle ragioni di una delle parti in causa redatta da soggetti estranei ad essa (in genere associazioni, enti, professori, esperti etc.), come usanza statunitense – a sostegno del Governo federale, ossia per l’utilizzabilità dei mezzi di prova. In tale sede Kerr ha sostenuto che per l’applicabilità delle garanzie del Quarto Emendamento è fondamentale distinguere tra attività private e pubbliche. Soltanto le prime sono coperte dai presidi di garanzia della clausola costituzionale. Diversamente rispetto allo specifico contenuto di una e-mail o di un sms, i dati delle localizzazioni tramite celle sono la “versione digitale” delle comunicazioni pubbliche, che la polizia sarebbe in grado di monitorare senza dovere precedentemente ottenere un’autorizzazione tramite provvedimento giudiziale (*warrant*).

²³ La registrazione e le trascrizioni dell’*oral argument* sono consultabili all’URL https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2017/16-402. Numerose le attenzioni della critica e gli approfondimenti: v. ad es. M. PRICE, *The Supreme Court May Be Ready to Further Limit Warrantless Access to Communications*, all’URL <https://www.brennancenter.org/blog/supreme-court-may-be-ready-further-limit-warrantless-access-communications>, 30 novembre 2017; M. FEENEY, *Thoughts on Carpenter v. US Oral Argument*, all’URL https://medium.com/@M_Feeney/thoughts-on-carpenter-v-us-oral-arguments-4d912020c8cc, 29 novembre 2017; A. HOWE, *Argument analysis: Drawing a line on privacy for cellphone records, but where?*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2017/11/argument-analysis-drawing-line-privacy-cellphone-records/>, 29 novembre 2017; J. ROSEN, *A Liberal-Conservative Alliance on the Supreme Court Against Digital Surveillance*, all’URL <https://www>.

Molto più complesso ipotizzare quali saranno i percorsi argomentativi prescelti, ovvero la via per superare, tramite *overruling* parziale o totale, i problematici precedenti di *Smith* e *Miller*²⁴; se ciò, peraltro, dovesse essere ritenuto necessario, giacché la Corte potrebbe anche pronunciarsi in maniera *più limitata*, optando per salvaguardare, quanto meno nella generalità dei casi, la *Third Party Doctrine*.

Il giudice Kagan, di nomina democratica, ha fin da subito incalzato l'avvocato del governo federale sul rapporto con il caso *United States v. Jones* sopra richiamato.

Non persuasa dalla risposta del legale – che faceva riferimento alle note differenze (sorveglianza diretta/intrusione fisica da parte della polizia e applicabilità, in *Carpenter*, della *Third Party Doctrine*) – il giudice ne sottolineava invece i tratti di analogia: “*In entrambi i casi si fa affidamento su una tecnologia che permette un monitoraggio ogni giorno per 24 ore ... ebbene, lei afferma correttamente che i mezzi erano diversi, ma in entrambi i casi, si dispone di una tecnologia che consente un monitoraggio ogni giorno per 24 ore e in Jones tutti i giudici supremi hanno concluso che tale tecnologia fosse del tutto nuova e diversa, che si trattasse di una intrusione nell’aspettativa delle persone di sapere chi le stesse osservando ed in quale momento*”.

Successivamente, il dialogo è continuato con *Justice Sotomayor* – anch’ella di orientamento *liberal* ed autrice dell’importante *concurrency* in *Jones* – che sviluppava ulteriormente alcune considerazioni già svolte in quella sede: “*Come valuta le ricerche menzionate dalla sua controparte secondo cui la maggior parte degli americani, credo ancora oggi, vogliono evitare il Grande Fratello? Vogliono evitare il concetto che il governo sarà in grado di osservare e localizzare chiunque in ogni momento ... ritiene davvero che il popolo si aspetti che il governo sia in grado di*

theatlantic.com/politics/archive/2017/11/bipartisanship-supreme-court/547124/, 30 novembre 2017; D. LITHWICK, *Can You Track Me Now?*, all’URL http://www.slate.com/articles/news_and_politics/supreme_court_dispatches/2017/11/a_dispatch_from_oral_arguments_in_carpenter_v_united_states.html, 29 novembre 2017; A. DAVIDSON SORKIN, *In Carpenter Case, Justice Sotomayor Tries to Picture the Smartphone Future*, all’URL <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/carpenter-justice-sotomayor-tries-to-picture-smartphone-future>, 30 novembre 2017; A. LIPTAK, *Justices Seem Ready to Boost Protection of Digital Privacy*, all’URL <https://www.nytimes.com/2017/11/29/us/politics/supreme-court-digital-privacy.html>, 29 novembre 2017.

²⁴ Le difficoltà determinate dalla necessità di adeguare – eventualmente tramite *overruling* espresso – la ormai anacronistica disciplina ad un contesto socio-fattuale e tecnologico profondamente mutato sono in primo piano nel caso *Carpenter*: in tal senso v. S.H. SACHS, *The Supreme Court’s privacy precedent is outdated*, all’URL https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-courts-privacy-precedent-is-outdated/2017/11/26/fe9d1dd0-cfb2-11e7-81bc-c55a220c8cbe_story.html?utm_term=.e792901df001, 26 novembre 2017, secondo cui *Smith* è da tempo inadeguato come precedente, poiché “*quando la Corte lo decise, nel periodo precedente all’alba dell’era digitale, non sapevamo nulla di Internet, degli smartphone, del cloud computing, di Facebook o di Twitter*”; per una trattazione organica delle complesse problematiche relative all’evoluzione della dottrina del *constitutional stare decisis* statunitense in rapporto al mutamento dei contesti socio-fattuali e tecnologici, in base a considerazioni di c.d. *factual accuracy*, cfr. da ultimo l’indagine di R.J. KOZEL, *Settled v. Right: a Theory of Precedent*, Cambridge, 2017, 110-114 e *passim*.

fare ciò pur in assenza di probable cause e di mandato? La Costituzione protegge il diritto delle persone a godere della sicurezza personale. Non è forse un concetto fondamentale, non crede che esso potrebbe includere la ricerca da parte dell'autorità di informazioni relative alla sua localizzazione ogni secondo della giornata per mesi e mesi alla volta?"

Sotomayor ha poi illuminato con esempi concreti il serio pericolo di “*Big Brother*”, alla luce del massiccio utilizzo dei telefoni cellulari nella società contemporanea²⁵.

Infine, il giudice di origine ispanica – apparentemente condividendo gli argomenti della difesa del ricorrente – ha offerto un’interessante prospettiva, forse risolutiva per decidere il caso senza disporre l’*overruling* dei due precedenti: fissare un limite temporale categorico, di ventiquattro ore, oltre il quale i dati inerenti alla localizzazione tramite celle telefoniche potrebbero essere acquisiti dagli inquirenti soltanto previa emissione di un mandato giudiziale²⁶.

La *Third Party Doctrine*, infatti, non è mai stata intesa quale “*absolute rule*”²⁷, e sarebbe pertanto suscettibile di deroghe in base alla durata, particolarmente lunga, dell’invasione della *privacy* (nel caso di specie, centoventisette giorni).

Anche Gorsuch – in continuità con l’approccio interpretativo originalista sviluppato da Scalia – è intervenuto, apparentemente a supporto delle prospettazioni del ricorrente, ma in base ad un *reasoning* completamente distinto dalla “ragionevole aspettativa di *privacy*”, connesso alla possibile violazione del diritto di proprietà degli utenti telefonici rispetto ai dati consegnati a “parti terze” ed al significato originario della clausola al tempo della fondazione²⁸.

Il presidente Roberts, dando seguito a quanto statuito in una *landmark decision* da lui redatta²⁹, nella quale aveva paragonato i telefoni cellulari ad una “*importante componente dell’anatomia umana*”, ha espresso preoccupazione con riferimento

²⁵ “*Perché non va bene, nello stesso modo che abbiamo detto rispetto ai cercapersone, collocare un cercapersone nella camera da letto di qualcuno, ma diversamente è consentito acquisire i dati telefonici di un soggetto che.. io personalmente non uso farlo, ma so di gran parte dei giovani che si portano il telefono a letto... capito? Io so di persone che si portano il telefono nei bagni pubblici. Se li portano letteralmente ovunque. È come una sorta di appendice adesso per alcune persone. Se non è consentito posizionare un cercapersone nella stanza da letto di qualcuno, perché è consentito utilizzare i segnali che il telefono emana dalla stanza di quella persona, resi accessibili alla polizia senza che sussista probable cause?*”.

²⁶ Il giudice Ginsburg, al contrario, ha espresso perplessità sulla possibilità di fissare razionalmente un limite temporale: cfr. A. HOWE, *Argument analysis: Drawing a line*, cit.

²⁷ Il riferimento è alla decisione della Corte suprema *Ferguson v. City of Charleston*, 532 U.S. 67 (2001).

²⁸ Più approfonditamente sulla c.d. *Property Based Theory* enucleata da Gorsuch: J. ROSEN, *A Liberal-Conservative Alliance*, cit. e M.J. STERN, *Neil Gorsuch Independent Streak*, all’URL http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2017/11/in_carpenter_v_united_states_neil_gorsuch_showed_his_independent_streak.html, 30 novembre 2017.

²⁹ *Riley v. California*, 573 U.S. __ (2014), nella quale la Corte suprema statui all’unanimità che la perquisizione ed il sequestro di dati contenuti in un telefono cellulare nel corso di un arresto violano il Quarto Emendamento.

all'accesso della polizia ai dati in questione; al giorno d'oggi, la rivelazione dei dati personali alle compagnie telefoniche non può dirsi realmente "volontaria", in quanto non si ha possibilità di scelta se si vuole possedere un telefono cellulare.

Altri *Justices* si sono, all'opposto, mostrati meno recettivi nei confronti delle ragioni di Carpenter.

Nello specifico, Kennedy ha rammentato la rilevanza dei principi sottesi alla *Third Party Doctrine*. Chiunque stipuli un contratto di servizi telefonici, svelando volontariamente i suoi dati sensibili – si è sostenuto – si assume il rischio che essi possano essere divulgati; il potere legislativo, poi, sarebbe nella posizione di gran lunga migliore per modificare la disciplina vigente, ossia la disposizione dello *Stored Communications Act* e lo *standard* meno garantistico ivi previsto: "*Perché noi non dovremmo conferire un grande significato alla determinazione svolta dal Congresso?*".

Il giudice Alito ha invece manifestato perplessità sulla effettiva possibilità di operare un persuasivo *distinguishing* rispetto alla decisione in *Miller*, rivolgendosi all'avvocato di Carpenter: "*Perché le informazioni sulle localizzazioni tramite celle sono da ritenersi più sensibili rispetto ai dati bancari, specialmente al giorno d'oggi, quando le persone non utilizzano molto il contante ... e i dati bancari non rivelerebbero soltanto le localizzazioni, ma anche altre informazioni che possono essere molto sensibili?*".

Insomma, una pluralità di prospettive assai differenziate, difficili da fare coesistere in una ipotetica decisione.

4. Le possibili soluzioni: un bilanciamento difficile da tradurre in una precisa "regola"

Come si è visto tramite la breve analisi di alcuni spunti provenienti dalla discussione, la Corte potrebbe pronunciarsi limitatamente a quanto strettamente necessario per risolvere la controversia sottopostale (*narrowly*), ovvero preferire un *holding* più ampio (*broad*), in grado di "coprire" ulteriori tipologie di dati, potenzialmente più esposti al pervasivo controllo della pubblica autorità³⁰.

Diverse anche le metodologie interpretative che potrebbero essere impiegate, in questo senso potendosi prevedere molteplici opinioni concorrenti³¹: da un lato, i giudici conservatori (ad esempio gli originalisti Thomas e Gorsuch) potrebbero seguire la teoria basata sulla violazione del diritto di proprietà, mentre è probabile che i giudici progressisti sviluppino ulteriormente la dottrina della "ragionevole aspettativa di *privacy*".

³⁰ Quali, ad esempio, i dati contenuti nel *cloud computing*, generati con l'utilizzo di applicazioni o tramite la navigazione internet. Cfr. per un approfondimento dei risvolti derivanti dalla decisione del caso: M. PRICE, *The Supreme Court May Be Ready*, cit.; E. LIVNI, *A Supreme Court case this week could change US digital privacy standards*, disponibile all'URL <https://qz.com/1138830/a-supreme-court-case-this-week-could-change-us-digital-privacy-standards/>, 28 novembre 2017.

³¹ In tal senso v. M. PRICE, *The Supreme Court May Be Ready*, cit.

Più in particolare – come pure emerso durante l’udienza – potrebbe essere accertata una invasione eccessiva nella sfera di riservatezza, e quindi una violazione del Quarto Emendamento, formulando una circoscritta eccezione basata sulla *natura* particolarmente sensibile dei dati coinvolti ovvero sulla *lunga durata* del monitoraggio, senza disporre l’*overruling* di *Miller e Smith*.

Si tratta, ad ogni modo, di tracciare linee di demarcazione, attraverso bilanciamenti di interessi e scelte discrezionali (il c.d. *line drawing*, nel linguaggio costituzionalistico statunitense), generalmente spettanti agli organi democraticamente legittimati, che rendono assai complesso il compito della Corte; come ha sintetizzato il giudice Breyer: “*This is an open box. We know not where to go*”.

Ciò che deve essere sottolineato ed apprezzato, in conclusione, è il superamento delle “barriere politico-ideologiche” tra giudici, nel tentativo di ampliare garanzie costituzionali “antiche”, poste a presidio di diritti fondamentali della persona, che passa necessariamente tramite un loro difficoltoso adeguamento ad una *realtà fattuale* profondamente mutata³².

Non resta che attendere il prossimo giugno, quando verrà emessa la sentenza, per vedere come la Corte avrà deciso di risolvere la problematica questione. Non si mancherà di darne conto in *questo osservatorio*.

PIETRO INSOLERA

³² Pone l’accento su questo aspetto, ad esempio: J. ROSEN, *A Liberal-Conservative Alliance*, cit.

Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:

GIORGIO ABBADESSA, *Dottore di ricerca in diritto penale – Università di Bologna*

LORENZO CARSETTI, *Avvocato in Bologna*

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

CHIARA FUSARI, *Dottoranda di ricerca in diritto penale nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*

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*

ANDREA LOLLINI, *Professore associato di diritto pubblico comparato nell'Università di Bologna*

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*

FRANCESCO MAZZACUVA, *Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma*

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*

€ 40,00

