Come scrivere

Atti e pareri

PROFESSIONE AVVOCATO

F. Ruggieri - S. Marcolini - A. Sorgato - S. Vittorini

Come scrivere

Atti e pareri

Dall'esame di abilitazione alle prime attività di studio

PENALE

a cura di Francesca Ruggieri

GRUPPO 24 ORE

La presente edizione è stata chiusa in redazione l'8 giugno 2012

ISBN 978-88-324-8175-4

GRUPPO24ORE

© 2012 Il Sole 24 ORE S.p.A.

Sede legale e amministrazione: via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano
Redazione: via C. Pisacane, 1 - 20016 Pero (Milano)

Per informazioni: Servizio Clienti Tel. 02.3022.5680, 06.3022.5680
Fax 02.3022.5400 oppure 06.3022.5400
e-mail servizioclienti.libri@ilsole24ore.com

Seconda edizione: giugno 2012

Impaginazione: Fidea Digital Printing
Stampa: Grafica Veneta, via Malcanton, 2 - 35010 Trebaseleghe (PD)

Tutti i diritti sono riservati.
I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità per involontari errori e inesattezze.
Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.
Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

Indice

METODO

1. PROFESSIONE E METODO *(di Francesca Ruggieri)* . . . . . pag. 3
1.1 Una guida comune all'esame di avvocato e alle prime esperienze professionali: un percorso senza soluzione di continuità . . . . . » 3
1.2 Casi reali e ipotesi fittizie. La (comune) necessità di individuare la questione rilevante . . . . . » 3
1.3 Intermezzo. Alcune essenziali divagazioni in teme di retorica, argomentazione e tecnica della comunicazione . . . . . » 6
1.4 Lo studio tra massime giurisprudenziali e fonti: ricerca, verifica e utilizzazione. . » 8
1.5 La specificità del parere, atto volto ad informare, nona convincere . . . . . » 10
1.6 Guida alla redazione del parere. . . . . » 11
1.7 Introduzione alle caratteristiche dell'atto e cenni metodologici. . . . . » 13
1.8 Cenni sul sistema delle impugnazioni e guida all'uso degli schemi . . . . . » 14

2. GLI SCHEMI *(di Francesca Ruggieri)* . . . . . » 19
2.1 L'appello . . . . . » 19
2.2 Il ricorso in cassazione . . . . . » 27
2.3 L'opposizione all'archiviazione . . . . . » 35
2.4 Il riesame o l'appello di una misura cautelare personale al Tribunale del riesame (cd. Tribunale delle libertà. . . . . » 38
2.5 Il riesame o l'appello di una misura cautelare reale o di un sequestro probatorio al Tribunale del riesame (cd. Tribunale delle libertà) . . . . . » 43
2.6 L'incidente di esecuzione . . . . . » 48
2.7 La querela . . . . . » 50

ATTI E PARERI

1. PEDOPORNOGRAFIA *(di Stefano Marcolini)* . . . . . » 55
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 55
Schema per lo svolgimento . . . . . » 55
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 60
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 65
Schema per lo svolgimento . . . . . » 65
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 70
Le sentenze in evidenza . . . . . » 74

2. CORRUZIONE E RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI *(di Stefano Marcolini)* . . . » 76
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 76
Schema per lo svolgimento . . . . . » 76
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 86

Traccia per la redazione di **ricorso in cassazione** . . . . . » 94
Schema per lo svolgimento . . . . . » 94
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 98
Le sentenze in evidenza . . . . . » 102

3. DELEGA DI FUNZIONI *(di Stefano Marcolini)* . . . . . » 104
Traccia per le redazione di atto di costituzione di parte civile . . . . . » 104
Schema per lo svolgimento . . . . . » 104
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 113
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 117
Schema per lo svolgimento . . . . . » 118
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 122
Le sentenze in evidenza . . . . . » 124

4. PROCESSO MINORILE *(di Stefano Vittorini Giuliano)* . . . . . » 125
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 125
Schema per lo svolgimento . . . . . » 125
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 133
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 137
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 138
Le sentenze in evidenza . . . . . » 142

5. RICETTAZIONE *(di Stefano Vittorini Giuliano)* . . . . . » 143
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 143
Schema per lo svolgimento . . . . . » 143
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 148
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 150
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 150
La sentenza in evidenza 154

6. LESIONI PERSONALI COLPOSE *(di Stefano Vittorini Giuliano)* . . . . . » 155
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 155
Schema per lo svolgimento . . . . . » 155
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 161
Traccia per la redazione di **querela** . . . . . » 164
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 164
Le sentenze in evidenza . . . . . » 167

7. GUIDA IN STATO DI EBBREZZA *(di Alessia Sorgato)* . . . . . » 168
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 168
Schema per lo svolgimento . . . . . » 168
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 176
Traccia per la redazione di **ricorso avverso sequestro** . . . . . » 183
Schema per lo svolgimento . . . . . » 183
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 189
Le sentenze in evidenza . . . . . » 192

8. PHISHING, FINANCIAL MANAGER ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO *(di Alessia Sorgato)* . . . . . » 193
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 193
Schema per lo svolgimento . . . . . » 193
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 202

Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 206
Schema per lo svolgimento . . . . . » 206
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 209
Le sentenze in evidenza . . . . . » 215

9. DIFFAMAZIONE ON LINE *(di Alessia Sorgato)* . . . . . » 226
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 226
Schema per lo svolgimento . . . . . » 226
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 233
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 238
Schema per lo svolgimento . . . . . » 238
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 243
Le sentenze in evidenza . . . . . » 250

10. ESECUZIONE DI PIÙ PENE CONCORRENTI *(di Alessia Sorgato)*. . . . . » 253
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 253
Schema per lo svolgimento . . . . . » 253
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 256
Traccia per la redazione di **ricorso per l'applicazione del reato continuato in fase di esecuzione** . . . . . » 259
Schema per lo svolgimento . . . . . » 260
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 264
La sentenza in evidenza . . . . . » 276

11. BANCAROTTA FRAUDOLENTA *(di Francesca Ruggieri e Eleonora Colombo)* . » 283
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 283
Schema per lo svolgimento . . . . . » 283
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 294
Traccia per la redazione della **richiesta di riesame** . . . . . » 298
Schema per lo svolgimento . . . . . » 299
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 301
La sentenza in evidenza . . . . . » 303

12. LESIONI PERSONALI COLPOSE DA SINISTRO STRADALE *(di Stefano Marcolini)* . . . . . » 304
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 304
Schema per lo svolgimento . . . . . » 304
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 310
Traccia per la redazione di **ricorso immediato** . . . . . » 316
Schema per lo svolgimento . . . . . » 316
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 320
La pronuncia in evidenza . . . . . » 323

13. STALKING *(di Alessia Sorgato)* . . . . . » 325
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 325
Schema per lo svolgimento . . . . . » 325
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 331
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 333
Schema per lo svolgimento . . . . . » 333
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 339
La sentenza in evidenza . . . . . » 347

14. VIOLENZA SESSUALE DI GRUPPO *(di Alessia Sorgato)* . . . . . » 348
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 348
Schema per lo svolgimento . . . . . » 348
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 355
Traccia per la redazione della **richiesta di riesame** . . . . . » 357
Schema per lo svolgimento . . . . . » 357
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 362
La sentenza in evidenza . . . . . » 369

15. GUIDA IN STATO DI EBBREZZA *(di Stefano Marcolini)* . . . . . » 371
Traccia per le redazione del parere . . . . . » 371
Schema per lo svolgimento . . . . . » 371
Svolgimento del parere per esteso . . . . . » 383
Traccia per la redazione dell'**atto di appello** . . . . . » 387
Schema per lo svolgimento . . . . . » 387
Svolgimento dell'atto per esteso . . . . . » 388
La sentenza in evidenza . . . . . » 391

METODO

1. Professione e metodo

(di Francesca Ruggieri)

1.1 Una guida comune all'esame di avvocato e alle prime esperienze professionali: un percorso senza soluzione di continuità

Ad una prima impressione, può forse apparire inusuale un manuale che si rivolge contemporaneamente ai giovani praticanti e ai novelli avvocati. L'erroneità della sensazione emerge, tuttavia, immediatamente sol che si consideri che non vi è alcuna soluzione di continuità tra la preparazione al concorso e l'esercizio della professione.

Il tirocinio del laureato in giurisprudenza si articola in una lenta ma progressiva e quasi inevitabile maturazione che dagli studi, spesso astratti, del periodo universitario lo conduce ad un'attività lavorativa sempre più soddisfacente. Dalle prime frequentazioni delle cancellerie ai contatti con i clienti, dalle iniziali ricerche giurisprudenziali alle timide stesure degli atti più semplici, il "mestiere" dell'avvocato non conosce cesure, ma solo graduali affinamenti e approfondimenti.

L'esame costituisce uno dei momenti più significativi e qualificanti di tale percorso. Ma non il solo né l'unico. Esso è la prima occasione per fare il punto delle conoscenze acquisite ed elaborate sino a quel momento: la sintesi di un sapere che, per sua natura, si compone necessariamente di prassi e di teoria e che, nel tempo, si alimenterà nel medesimo modo da questo o da quel particolare "caso".

Gli studi universitari rappresentano la cornice entro cui inserire le particolari informazioni che, in prospettive sempre differenti, la prassi sottopone all'attenzione del neo laureato che inizia a confrontarsi con le difficoltà del lavoro.

1.2 Casi reali e ipotesi fittizie. La (comune) necessità di individuare la questione rilevante

Nell'individuare itinerari sufficientemente emblematici delle difficoltà che deve affrontare il praticante o il neo professionista si è scelto di privilegiare la qualità rispetto alla quantità dei "casi", la rilevanza e la diffusione delle questioni rispetto alla loro facilità e/o difficoltà di soluzione, le (diverse) prospettive del professionista allorché si trova a dare un parere prima ancora dell'inizio di un processo, a difendere un imputato o una parte civile ovvero ancora a impugnare una decisone di primo grado.

Privilegiare la qualità implica anteporre le valutazioni in ordine alla rilevanza di una certa ipotesi alla frequenza con cui si può verificare.

Le problematiche relative all'accertamento di una colpa medica (*infra*) appartengono alle classiche tematiche dei grandi studi accademici, che un giovane professionista si troverà co-

munque ad affrontare nella sua esperienza professionale e il cui approfondimento è particolarmente formativo in vista della prova di esame. Analogamente, il trattamento di un caso di ricettazione, negli studi appena aperti di certo più frequente, offre il destro per misurarsi con (*infra*) questioni la soluzione delle quali dipende da ragionamenti che si ritrovano in quasi tutte le prove d'esame e, soprattutto, in qualsiasi vicenda professionale. Analoghe considerazioni sorreggono la scelta di tutti gli altri temi: dalla pedopornografia all'omicidio a seguito di infortunio sul lavoro, dal coinvolgimento degli enti alla messa alla prova nel rito minorile sino al *phishing*, dalla diffamazione a mezzo *blog* al reato continuato). Nella realtà come nella finzione, ovvero sul lavoro come in sede di esame non contano le quantità di conoscenza di cui si è in possesso. Nell'uno e nell'altro caso non è mai prevedibile l'argomento con cui ci si dovrà misurare: nell'uno e nell'altro caso compito del legale e quello di individuare la fattispecie corretta, ovvero la qualificazione giuridica più appropriata e quindi raccogliere, solo in questo momento, tutte le informazioni necessarie a supportarla e/o a verificarla.

Nella realtà come nella finzione, l'avvocato deve essere in grado di affrontare il caso sottoposto alla sua attenzione anche se del tutto nuovo, vuoi perché non incontrato in precedenza vuoi perché non oggetto di precedenti particolati studi.

In entrambi i casi l'unico strumento a disposizione è la legge.

Nella realtà come nella finzione, l'avvocato deve sapere riconoscere, anche con successive approssimazioni, qual è il punto rilevante, il profilo da cui dipende la soluzione. Banalizzando. Quando incontra un'anziana che lamenta un illecito a suo dire esborso in favore di un sedicente funzionario del gas, il professionista deve essere capace di valutare se i fatti di cui al racconto possono o meno integrare una fattispecie di truffa (art. 640 c.p.), di appropriazione indebita (art. 646 c.p.) ovvero una semplice ipotesi di carattere civilistico. Da questa ricognizione che dipende tutta la strategia successiva. Analogamente, quando inizia la disamina della traccia all'esame di Stato, di fronte alla rappresentazione di una ferita conseguente ad uno spintone sul tram, ovvero alla rottura di un femore per la caduta in un avvallamento del manto stradale il candidato deve sapere "tradurre" il caso in lesioni, deve sapere inquadrarle e chiarire se esse posano essere ritenute dolose o colpose, derivanti da omissioni o da specifiche condotte intenzionali, aggravate o semplici, conseguenti di un certo comportamento umano o addebitabili a caso fortuito.

Se nella realtà l'avvocato impara a riconoscere con l'esperienza le circostanze rilevanti, e talvolta assolutamente essenziali, che spesso il cliente stesso non ricorda se non su sollecitazione di una specifica domanda, in sede di esame è la stessa traccia a contenere, con l'artificio della ben nota espressione "premessi brevi cenni", le indicazioni del caso. Là si misura la competenza del legale preparato, che riesce a estrapolare da un racconto il più delle volte estremamente confuso le informazioni necessarie alla difesa. Qui si dimostra la maturità del candidato che, senza intendere alla lettera l'espressione citata, non predispone una sorta di doppia prova, una dedicata ai cenni preliminari, l'altra riferita al caso concreto: ma, proprio come l'avvocato, utilizza quella informazione per orientare in modo corretto l'impostazione del proprio elaborato intorno alla questione veramente rilevante.

Diviene allora evidente quanto sia opportuna la scelta di predisporre dei "blocchi" di argomenti che, rappresentato un caso secondo quello che potrebbe essere benissimo una vicenda reale o una traccia di esame, seguono da vicino il lavoro del giovane legale: dalla sua ricerca del materiale necessario su cui lavorare, di cui deve saper apprezzare provenienza ed estensio-

ne (*infra*, par. 1.5), alla conseguente stesura dell'atto più opportuno sino all'impugnazione, a seguito della celebrazione del giudizio.
Se alla lettura del caso segue sempre l'individuazione della questione o delle questioni rilevanti, la predisposizione di un elaborato segue, ovviamente, regole diverse a seconda che si tratti di un parere (*infra* par. 1.6) o un atto (*infra* par. 1.7).
Non è solo una questione di stile, che pure ha una sua peculiarità e specificità, dipendendo dal generale uditorio a cui si rivolge una determinata elaborazione e/o comunicazione (sia essa scritta o orale, v. *infra* par. 1.3 e, soprattutto 1.4). Atti e pareri sono informati secondo modalità diverse, che possono anche incidere in modo profondo sulla stessa tipologia dell'argomentare.
È questa differenza che deve essere rimarcata, sia nella realtà che in sede di esame. Al giovane legale non è sufficiente imparare ad individuare le problematiche significative per potere lavorare in modo efficace. Deve conoscere e distinguere i modi attraverso cui manifestare il proprio pensiero: nel rispetto delle condizioni richieste dalla legge per poter legittimamente e validamente adire l'organo giurisdizionale ovvero con l'osservanza delle regole non sempre esplicite che governano la stesura di un parere.
Proprio la circostanza che è difficile che al neo laureato sia richiesto di redigere, almeno esplicitamente, un parere impone di rimarcane la diversità.

L'impegno che, quotidianamente, mette alla prova i risultati di anni di riflessioni teoriche misura la capacità del professionista di conciliare nel modo migliore le questioni della vita con le soluzioni offerte dal diritto. Le prime devono essere inquadrate alla luce del secondo; questo definisce i criteri per la loro valutazione.
La lite con il vicino che mi insulta e mi distrugge il vaso di fiori, caro regalo di famiglia, non è solo occasione di rammarico e di dispiacere. È il presupposto di regole che, per tutta la comunità e non solo per me, tracciano il confine di ciò che è permesso e di ciò che è vietato, di ciò che è lecito e di ciò che invece è illecito.
Ma non è semplice individuare nel racconto della persona, che si decide a rivolgersi al legale per risolvere un conflitto magari risalente nel tempo, le norme di riferimento. Le storie dei clienti sono spesso incontro di sofferenze, disagi, ragioni inconfessate persino a se stessi. Le problematiche che il professionista è chiamato a vagliare non si distinguono per essere più o meno gravi. Le motivazioni del danneggiato da una ingiuria si differenziano in modo certamente irriducibile dalle proteste dell'accusato di un omicidio sul piano etico e morale. Giuridicamente offrono però le stesse questioni.
L'ambito del diritto penale, per sua natura *extrema ratio* nella disciplina delle regole che fondano il patto sociale, e forse anche per questo strettamente intrecciato alle tragedie ed ai drammi della vita, è talvolta percepito come meno "rigoroso" di quello del diritto civile. Tanto tra i neofiti quanto tra i più esperti è diffuso il convincimento che il diritto della pena sia terreno da dissodare più con le ragioni del cuore che non con quelle della legge. I primi si illudono di affrontare l'esame di avvocato predisponendo l'atto (o lo stesso parere) di penale limitandosi a semplicistiche considerazioni di fatto. I secondi, spesso più usi a stendere anche articolati atti di diritto civile che non a parlare pubblicamente, a loro volta, ritengono di poter patrocinare efficacemente l'imputato di un delitto anche non particolarmente efferato con il richiamo più o meno esplicito alla "clemenza" delle corti.

In realtà sia nell'uno sia nell'altro caso ciò che manca è proprio quella dimestichezza con le categorie penalistiche che usualmente non si ha tempo di approfondire e di frequentare come viceversa accade per qualsiasi altra disciplina in senso lato civilistica. Eppure, come nel civile anche nel penale la preparazione di un atto o di un parere deve seguire un suo *iter* ed è il risultato di una ben precisa "scaletta" argomentativa (*infra,* par. 1.6 e 1.7). Quell'approccio che sembra il frutto di una facile approssimazione è viceversa l'indice della minore rigidità dell'atto penale rispetto al civile, ove una certa qual libertà di forma rende peraltro più, e non meno, complessa la redazione di un qualsiasi atto.
La mancanza di rigidi schemi entro cui ridurre il pensiero del penalista, oltretutto molto più abituato del civilista alla discussione orale che non a quella scritta, accomuna la preparazione per il concorso e quella per l'esercizio dell'attività.
La presenza di soli "requisiti minimi" costringe a disporre i singoli argomenti in modo assolutamente aderente alla fattispecie concreta di volta in volta oggetto di disamina, secondo un ordine che, conseguentemente, non è sempre il medesimo (*infra*, par. 1.3 e 1.4). Le norme della parte generale del diritto penale e talune "norme spia" del codice di rito guidano tuttavia abbastanza agevolmente l'interprete nell'ambito dei pochi atti codificati (*infra* par. 1.6 e 1.7), fornendogli la griglia entro cui trovano posto i differenti ragionamenti, in modo molto simile a quanto accade con riferimento al parere.
Anche se lo *stile* dell'uno e dell'altro possono differire anche profondamente (*infra*, par. 1.4), infatti, atto e parere del penalista, in questo ancora una volta differenziandosi dal civilista, sono relativamente simili.

1.3 Intermezzo. Alcune essenziali divagazioni in tema di retorica, argomentazione e tecnica della comunicazione

Come è noto, l'intermezzo costituisce quel breve momento di carattere leggero e vario, rappresentato durante gli intervalli di spettacoli di lunga durata; come interludio può anche indicare il brano di musica eseguito tra due scene di un'opera.
Sia il neolaureto che l'avvocato usano strumenti, espressi dalle regole logiche dell'argomentazione e della dimostrazione, che possono anche apparire sofisticati a taluno, di certo non sono sempre utilizzati consapevolmente dai più.
Un "interludio" dedicato alla retorica in senso lato alleggerisce il discorso relativo alle modalità di redazione di un atto, e potrebbe, come quello, essere sottovalutato nell'economia del discorso che si va conducendo. Tuttavia, la conoscenza, seppure a grandi linee e necessariamente approssimativa, di alcune problematiche del comunicare sono assolutamente indispensabili al professionista: che, come spesso accade, affinerà nel tempo, anche autonomamente, le proprie tecniche retoriche.
Sebbene possa oggi apparire quasi stonata ad orecchi poco abituati alle declamazioni forti ed appassionate, sono sempre attuali le considerazioni che, sin dall'antichità, consentono di articolare ed approfondire il discorso dell'avvocato nell'ambito dei tradizionali canoni della retorica.
Sono note, a dire il vero, le perplessità che tale disciplina evoca, svilita da secoli di esercitazioni scolastiche e sofismi inutili e ridondanti. La relativamente recente riscoperta degli studi dell'"arte della persuasione", tuttavia, restituisce finalmente lustro ad una disciplina che oggi trova ampi riconoscimenti in vari ambiti della vita sociale.

Si pensi, per tutti, alle parole del Presidente degli Stati Uniti, Obama: i suoi discorsi, anche solo ad una superficiale analisi, sono costruiti nel più assoluto rispetto delle regole codificate da Cicerone. È osservazione del resto quasi banale rilevare come le "arringhe" degli avvocati formatasi vigente il codice Rocco siano perfettamente in linea con la tradizione romanistica. Tanto il penalista navigato quanto il giovane che inizia a muoversi nelle aule giudiziarie sanno, talvolta anche inconsapevolmente, l'importanza dell'"uditorio" cui rivolgono le loro parole, scritte od orali che siano. Soprattutto per colui che incomincia a misurarsi con i primi atti, è fondamentale tenere sempre a mente, come si dovrebbe aver già focalizzato predisponendo la tesi di laurea, che in tanto il suo eloquio sarà chiaro ed efficace in quanto sia formulato pensando di rivolgersi ad un soggetto assolutamente "ignorante". Per evitare di lasciare inespressi passaggi fondamentali del proprio pensiero, anche a costo di risultare pedanti è indispensabile che chi scrive immagini di parlare ad un uditorio di tal genere.

Una volta chiarita la immaginaria figura cui ci si deve rivolgere nella propria attività comunicativa è opportuno considerare e distinguere, ancora una volta esemplificando ragionamenti con secoli di storia, tra il piano della dimostrazione, quello dell'argomentazione e il profilo dello stile. Il primo concerne la logica dell'argomentare; il secondo la struttura degli argomenti, il terzo i modi della loro esposizione.

Dal punto di vista logico, il nostro modo di procedere affonda ancora oggi le sue radici nella grande sistematizzazione aristotelica. In questa sede non è ovviamente neanche immaginabile sintetizzare i canoni che devono assistere una corretta "motivazione". Come il giudice deve dimostrare i propri assunti nel rispetto delle regole della logica, anche l'avvocato e il neolaureato procedono per deduzione, induzione o abduzione, rispettando il principio di non contraddizione.

Le diverse forme del sillogismo non appartengono solo alla forma della sentenza, ammesso e non concesso che sia possibile univocamente in tal modo caratterizzare il provvedimento dell'organo giurisdizionale e, con esso, il ragionamento giuridico. Ogni riflessione che ambisca ad estendere legittimamente e correttamente le iniziali conoscenze dell'interlocutore è riconducibile ad un sillogismo. Poiché il diritto non appartiene all'ambito della scienza esatta, i ragionamenti del giurista sono ragionamenti anzitutto probabilistici e/o in ordine al verosimile. Nell'attribuire uno specifico ordine ai proprio argomenti, ancora oggi, e forse più di ieri, il legale sa quando e come captare la benevolenza del giudice, specie nelle forme di comunicazione orale; si interroga sull'opportunità di collocare il ragionamento maggiormente fondato all'inizio o alla fine della propria esposizione; soprattutto, sa valutare della rilevanza di un argomento rispetto al risultato che vuole raggiungere.

Non esiste peraltro una unica modalità di scrivere e/o di organizzare gli argomenti che si vuole sottoporre al Giudice. Anche prescindendo dalla (sostanziale) differenza tra le caratteristiche di un atto e quelle di un parere, poiché solo il primo è volto a "convincere" o persuadere che dir si voglia, ogni avvocato ha comunque la sua tradizione, che a sua volta tramanda ai propri praticanti. C'è chi mette subito all'inizio dell'atto le richieste che si propongono, chi le mette alla fine; chi le ripete nell'uno e nell'altro punto; chi suddivide in paragrafi il proprio scritto e chi redige un elaborato senza mai andare a capo. C'è chi cita e collaziona le sentenze favorevoli alla propria tesi e chi discute solo degli argomenti a carico. C'è chi usa l'impersonale e chi si riferisce direttamente alla propria persona; chi usa il congiuntivo e chi solo l'imperfetto; chi usa il presente storico e il passato remoto.

L'importante, come si vedrà tra breve, è essere consapevoli delle opzioni possibili, specie alla luce dell'effetto che si vuole raggiungere, e scegliere quella più opportuna e migliore a seconda dell'atto (o del parere) che si elabora.

1.4 Lo studio tra massime giurisprudenziali e fonti: ricerca, verifica e utilizzazione

La base per qualsiasi ragionamento giuridico è la assoluta padronanza degli atti di causa. La circostanza, sconosciuta in sede di esame, ove addirittura il candidato non ha neppure a disposizione la motivazione che dovrebbe censurare in sede di impugnazione, è il presupposto di qualsiasi attività si voglia intraprendere nell'esercizio della professione: dalla proposizione di una querela sino alla presentazione di una specifica richiesta probatoria ovvero all'inizio di trattative di carattere risarcitorio.
Come nella professione, tuttavia, anche il neolaureato non solo deve conoscere a fondo e come si è visto individuare correttamente il problema da risolvere e gli elementi a tal fine rilevanti; nell'ambito di questi presupposti deve anche padroneggiare il "diritto".
Sia il professionista sia il praticante devono leggere la norma. Capire e individuare esattamene l'estensione semantica e il significato della regola espressa dal legislatore in un determinato linguaggio ovviamente dipende anche dalla esperienza acquisita. Sin dai primi studi nella facoltà di Giurisprudenza il giovane studioso impara, lavorando con e sulle parole, il difficile compito dell'esegesi, anzitutto letterale.
Stupisce, quindi, e a tutti i livelli, il diffuso rifiuto di procedere, umilmente e pazientemente, all'interpretazione testuale delle disposizioni di legge. Come è noto, oggi la figura del legale si identifica sempre più spesso con il mero "collezionista" di massime: il significato della norma è quello che emerge dalle massime reperibili sempre più velocemente in data base informatici e/o sui codici commentati. Ciò che in qualsiasi corso per la preparazione all'esame di avvocato è il primo monito rivolto ai neo-laureati, ovvero l'invito a riflettere autonomamente senza lasciarsi fuorviare dalla lettura spesso anche affrettata delle massime, costituisce il sintomo di un disagio diffuso.
Nel giovane, anche per la naturale insicurezza dovuta ai primi approcci con un'attività in parte diversa da quella di studio sino ad allora esercitata, il ricorso alla "autorità" delle massime è operazione quasi automatica. Tale *modus procedendi*, favorito dalla possibilità di consultare codici commentati in sede di esame, appiattisce le stesse prove in elaborati del tutto simili, ove la "soluzione" del caso, lungi dall'essere il frutto di un percorso logico e argomentativo rigoroso, non è altro che il riassunto e la citazione di massime senza alcuno specifico ordine.
L'effetto nell'ottica degli esaminatori, (e tale circostanza spiega bene anche le frequenti ingiustificate lamentele di chi non è riuscito a superare l'esame) è un insieme talmente omogeneo di atti che la differenza tra la sufficienza e l'insufficienza nella valutazione della prova non è, ovviamente, data dalla correttezza o meno della soluzione (comune a tutti) ma proprio dalla capacità di saper rappresentare il percorso in senso lato argomentativo di quella determinata conclusione.
Come farà, più avanti negli anni da professionista, il primo approccio del candidato deve essere dunque quello di reperire le regole applicabili: la ricognizione degli articoli che possono adattarsi al caso concreto non può evidentemente essere eseguita sul codice commentato; sarà

svolta sui testi di legge (nel nostro caso, in via principale, sul codice penale e di rito). Solo dopo che si saranno individuate le norme rilevanti, e, soprattutto, ci si sarà date autonomamente delle risposte alle problematiche aperte dall'applicazione di quelle disposizioni al caso concreto, è possibile verificare e/o ricercare quanto sul punto ha ritenuto di dover affermare la giurisprudenza. Solo dopo che si è abbozzato un proprio convincimento, infatti, ci si può proficuamente confrontare con le opinioni dei giudici sintetizzate nelle massime. Solo procedendo in tal modo si può costruire e verificare il proprio percorso argomentativo e utilizzare al meglio lo strumento, delicato e sotto molti profili equivoco, delle massime.

Come è noto, invero, non solo una massima può anche costituire una ridotta porzione di una sentenza, ma può spesso anche essere il frutto di circostanze del tutto eccezionali, ovvero una affermazione, nel più ampio contesto della pronuncia, dal sapore eminentemente incidentale. Non è una semplice facoltà: è un dovere – sul piano deontologico ed etico – là ove si rintracci ovvero si scopra una unica pronuncia a sostegno del proprio assunto, smentito da tutte le restanti decisioni sulla medesima problematica, leggere la parte motiva della sentenza.

Il giovane professionista che nell'atto citi una decisione senza essersi sincerato del contesto in cui è resa, può ottenere l'effetto opposto a quello auspicato di convincere il giudice sulla fondatezza delle proprie ragioni, là ove la motivazione della sentenza contenga anche affermazioni di senso contrario a quelle recepite in massime, ovvero, ancora peggio, faccia riferimento a circostanze, dalla cui assenza o presenza nel caso di specie dipende l'applicazione di tale massima; e tali circostanze siano di segno contrario a quelle del caso a cui pretenderei di applicare il principio affermato nella pronuncia massimata. Analogamente, il candidato che pretenda di costruire il proprio elaborato intorno ad una massima equivoca, isolata o comunque non perfettamente adatta al caso sottoposto al suo vaglio erra nel medesimo modo.

A maggior ragione, a conclusioni certo non convincenti non giunge né il professionista né il candidato che si limitino ad elencare le massime che sembrano, anche lontanamente, essere interessanti per il caso e/o la problematica oggetto dei loro rispettivi elaborati.

In sede di esame, quando non sempre è possibile avere a disposizione le sentenze per esteso soccorre la propria (di solito recente ed aggiornata) preparazione di studioso. È questo *background* che dovrebbe consentire di vagliare criticamente (e non semplicemente quantitativamente) le massime; comunque già oggetto anche delle proprie precedenti considerazioni. Difficilmente, infatti, un buon manuale o una recente monografia equivocano nel dar conto dei motivi e delle ragioni in ordine alla (eventuale) prevalenza di un certo orientamento esegetico rispetto ad un altro.

In occasione dell'esame, in modo del tutto simile a quanto accade nella realtà, del resto, è immediatamente percepibile rispettivamente dal commissario o dall'autorità giudiziaria la proprietà della citazione. Non è raro che, nel dubbio, l'uno e l'altro verifichino la sentenza per esteso e, in ogni caso, stimolati proprio dalla "singolarità" della citazione, se si tratta di affermazione corretta e conferente al caso di cui si tratta approfondendo ulteriormente la problematica.

Dal punto di vista formale, la massima o la motivazione, sia essa citata integralmente o parzialmente, deve essere ove possibile inserita tra virgolette («...») in un testo manoscritto; in *corsivo* in uno dattiloscritto. Nell'uno e nell'altro caso sono queste le convenzioni che indicano che si riporta parola per parola o testualmente un certo testo. Tra parentesi devono essere indicati gli estremi della citazione (ad esempio, a seconda delle fonti che si utilizzano, banche dati o codici commentati, la Sezione della Cassazione, la data del deposito o della pubblicazione, o

entrambe, e il n. della sentenza e/o il n. Ced; il nome della parte, in ossequio alla legge sulla *privacy* non dovrebbe essere più riportato). Analoghe indicazioni devono essere seguite per le citazioni dalla giurisprudenza di merito.
Per cortesia verso l'interlocutore, in tal modo messo in grado di controllare la fonte della citazione, specie negli atti, oltre agli estremi della pronuncia è bene indicare anche quelli della pubblicazione (titolo della rivista, anno, pagina).
Della dottrina è necessario indicare almeno l'autore e il titolo; fuori dall'occasione dell'esame, anche l'anno e/o il luogo della pubblicazione e la pagina.
Da ultimo va ricordato che, proprio perché la citazione costituisce una mera conferma di una certa opzione interpretativa, essa è tanto più efficace quanto sia inserita armonicamente nel discorso che si va conducendo, ad esempio riportando tra virgolette solo la frase più significativa della massima, e quindi sintetizzando con parole proprie la fattispecie in occasione della quale è stata pronunciata. Come si è già avuto modo di osservare, sia l'elaborato "virtuale" che quello reale non sono efficaci allorché siano confezionati con un semplice susseguirsi o giustapporsi di citazioni, senza alcun coordinamento e/o riflessione logica.

1.5 Le specificità del parere, atto volto ad informare, non a convincere

Il parere, sia nella realtà sia nella simulazione in sede d'esame, non è elaborato diretto a "convincere" nessuno. Mentre l'atto è per sua natura funzionalmente volto a persuadere il giudice o la controparte di una certa tesi, e in quest'ottica è valutato, il parere mira esclusivamente a rappresentare al cliente gli scenari possibili, sulla base di un certo iniziale fatto. Quando si chiede un parere, si vuole conoscere le conseguenze legali della propria o dell'altrui azione: se si tratta di un atto lecito o illecito e quali siano le eventuali implicazioni (di carattere in senso lato sanzionatorio) in vista di un processo.
Il primo problema, e il più complesso, cui il legale deve quindi rispondere concerne la qualificazione giuridica del fatto sottoposto alla sua attenzione: il professionista all'esito di racconti spesso confusi, il candidato sulla base di tracce simulate volutamente lacunose, devono entrambi ragionare per tentativi ed errori al fine di includere e/o escludere determinate circostanze in fattispecie astratte.
Del fatto o della traccia devono essere anzitutto evidenziate le vicende rilevanti: in quale contesto ci stiamo muovendo? Qual è il bene offeso? L'autore è noto?
Per procedere quindi ad una ricognizione delle norme astratte ove tali vicende potrebbero essere opportunamente inquadrate, nei casi più semplici, ovvero immediatamente riconoscibili, si può procedere per progressivi avvicinamenti: si parla di ferite: siamo nell'ambito di percosse o lesioni? Si tratta di lesioni colpose o dolose? Siamo di fronte a condotte o ad omissioni? Quali sono le conseguenze di quel determinato comportamento?
Quando non si tratta di ipotesi facilmente riconoscibili, la strada più semplice è quella di iniziare a ragionare dal bene protetto, secondo un procedimento inverso a quello sino ad ora sintetizzato. Individuato il bene protetto, è agevole prima nel codice poi nelle leggi speciali, effettuare una prima ricognizione delle fattispecie a sua tutela, estendendo progressivamente la ricerca verso l'esterno secondo cerchi concentrici.
Il libro II del codice Rocco è chiaramente strutturato per titoli e capi a seconda del bene offeso. E una suddivisione analoga è contenuta nel libro III dedicato alle ipotesi contravvenziona-

li. Banalizzando, dovrebbe poi progredire piana la ricerca, mediante un buon indice analitico di un codice (non commentato), di eventuali leggi speciali. Solitamente, *extra codicem* sono rinvenibili in particolare le cosiddette disposizioni sanzionatorie, poiché incriminatrici delle inosservanze di maggiore gravità alla disciplina di carattere civilistico cui è dedicata la legge (si pensi emblematicamente all'*insider trading* o alla normativa in tema di *privacy*). Una raccolta di leggi penali che offra ampli indici-sommari mette a disposizione a tal fine uno scenario sufficientemente esauriente. Quasi inutile aggiungere a questo proposito che invece un codice commentato non è affatto adatto a tale scopo e che una ricerca in una banca dati non è in alcun modo sostitutiva di una simile ricognizione normativa.
Il legale deve saper leggere la realtà, trovare delle definizioni legali là dove sembra esservi solo caos.
Nel ruolo di "consigliere" l'avvocato, così come il candidato accorto, non deve esclusivamente dar sfoggio della sua preparazione o provare le sue conoscenze; egli deve dimostrare di saper applicare i propri studi alle molteplici vicende del reale.
Forse uno degli errori più frequenti in sede di esame, ma che talvolta capita di leggere anche negli elaborati di professionisti ormai affermati, è proprio l'ostentazione della propria preparazione su un argomento che, pure da trattare, è solo uno dei numerosi presupposti dello svolgimento, e certe volte neppure il più importante.
Una volta individuata la o le fattispecie che possono adattarsi al caso concreto, il legale non deve mai perdere di vista lo scopo del proprio lavoro: dimostrare che una certa ipotesi potrebbe essere ricondotta a quella determinata norma e ricevere, conseguentemente, quella particolare disciplina; non provare il proprio valore o le proprie conoscenze.
Come lo studente che, di fronte alla domanda cui non sa rispondere, tende a parlare comunque per rassicurare il docente della sua preparazione, così il neo laureato o il professionista che hanno difficoltà nel discutere il caso sottoposto alla loro riflessione divagano, inseriscono tematiche non afferenti, approfondiscono profili del tutto irrilevanti. Se mi si chiede un parere in tema di colpa medica non posso dedicare la metà dell'elaborato a parlare del più corretto inquadramento della fattispecie delle lesioni: dovrò affrontare la tematica della colpa omissiva, del nesso di causalità ecc.
In occasione dell'esame l'errore, se possibile, è accentuato dalla circostanza, come si è già osservato, che spesso le tracce si concludono con l'invito a «premettere brevi cenni» su uno dei motivi da approfondire. Quella che vuole essere solo un'indicazione per trattare correttamente la problematica sottoposta al candidato, in luogo di un suggerimento diviene il titolo di un tema. Spesso la differenza tra un'elaborazione insufficiente ed un esame discreto si misura proprio nella diversità che, rispettivamente, caratterizza l'argomentazione ragionata delle questioni da analizzare e la mera descrizione di una disciplina generale che ci si dimentica di calare nella realtà dei fatti descritti nella traccia. Analoghe considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, nella valutazione (di mercato) di un parere, più o meno efficace e più o meno soddisfacente.

1.6 Guida alla redazione del parere

Alla luce di simili considerazioni, i pareri qui raccolti sono redatti secondo un ben preciso percorso metodologico che guida il giovane lungo le tappe che deve seguire quando predispone un parere, sia esso reale o virtuale.

Dal punto di vista del contenuto da sviluppare, ovviamente i casi qui proposti non intendono affatto esaurire tutte le molteplici fattispecie di parte generale e speciale del codice. Pur offrendo, quanto ai contenuti, una scelta calibrata delle più spinose questioni di parte generale (dal principio di specialità, alla successione delle leggi penali nel tempo sino al tentativo o all'ipotesi del concorso di persone nel reato), le tracce sono sempre predisposte, così come accade in sede di esame e nella vita reale, per consentire la trattazione della problematica di ampio respiro alla luce di una specifica fattispecie incriminatrice.
Non si vuole, né si potrebbe, fornire una trattazione istituzionale delle tematiche oggetto di parere: qui, come negli altri volumi della collana, si presuppone che il giovane neolaureato si sappia muovere nella materia, ripresa dopo la fine degli studi o all'inizio di un'autonoma attività professionale, secondo i propri interessi e le proprie necessità, con l'opportuno approfondimento nei più diffusi manuali e/o voci enciclopediche.
Del resto, come il neo laureato impara presto, non è possibile conoscere o sapere tutto: anche il professionista con una certa esperienza, ma eticamente attento, riprende e ripassa i relativi argomenti in attesa del primo colloquio su di un oggetto che gli sarà stato di solito solo accennato ("avvocato vorrei un appuntamento per sapere come muovermi nei confronti del mio ex-marito"; "dottore, vorrei venire da lei perché ho letto il mio nome sul giornale in una inchiesta sugli appalti"). Anche per l'esame non si è mai pronti in modo esauriente, almeno nel senso di aver studiato tutto quanto interessa la materia che potrebbe essere oggetto di prova.
Nella consapevolezza, che, come nella sua futura attività professionale, il candidato deve comunque essere in grado di individuare, interpretare e comprendere una fattispecie incriminatrice anche "a prima lettura", se non ne ha mai letto alcun commento in precedenza, nei singoli casi il lettore è anzitutto posto dinnanzi all'identificazione del problema da approfondire e, soprattutto, alle norme cui deve fare riferimento. In altre parole al neo laureato si richiede di affinare proprio quell'attività che è il presupposto per ogni parere: ovvero la qualificazione giuridica dei fatti oggetto della traccia e/o delle vicende che il cliente gli rappresenta.
Solo all'esito di questi primi, fondamentali passi, cui è opportuno che nella realtà come in sede di esame, il nuovo professionista dedichi senza ansia tutto il tempo necessario, è possibile organizzare la successione logica e giuridica dei diversi argomenti da sviscerare.
È solo a questo punto che il legale può con utilità confrontarsi con la relativa interpretazione giurisprudenziale sintetizzata nelle massime dei codici commentati.
Non si sarà mai troppo pedanti nel ribadire la pericolosità di un approccio che, in luogo di analizzare con il solo strumento della legge i fatti descritti nella traccia, si limiti, come purtroppo sempre più spesso accade nella concitazione dell'esame, a rintracciare la massima che risolve il problema descritto, senza riflettere sui passaggi precedenti. Solo i pareri che diano conto dei diversi snodi logici e giuridici che conducono ad una certa conclusione sono indici della maturazione necessaria a svolgere la libera professione.
Gli elaborati qualificati insufficienti senza specifiche correzioni, sono spesso proprio quelli che, intorno alla massima "risolutrice" del problema, costruiscono dei veri e propri temi da liceo, senza dimostrare in alcun modo di aver letto, qualificato e interpretato il caso oggetto dell'esame.
È per questo motivo che, dopo aver ricercato la giurisprudenza, ci si deve comunque misurarsi con il fatto descritto nella traccia, o rappresentato dal cliente, per non perdere mai di vista la correttezza dei diversi problemi in diritto che caratterizzano l'una o l'altro. Solamente se

il percorso logico ed argomentativo è corretto, il candidato o il professionista sono in grado di concludere correttamente il parere, sintetizzando i possibili (e talvolta anche alternativi) inquadramenti della vicenda prospettata.

1.7 Introduzione alle caratteristiche dell'atto e cenni metodologici

Come è noto, mentre nella realtà qualsiasi forma di impugnazione è ovviamente rivolta verso uno specifico documento scritto, di cui solitamente si censura la legittimità della formazione e/o del relativo contenuto (forma e motivazione), all'esame il candidato è chiamato a contestare un certo provvedimento che non apprende nella sua interezza. Egli è messo a conoscenza solo di alcuni dati di fatto e della tipologia della decisione (e talvolta neppure di quella, ad esempio non sempre si specifica se si tratta di una sentenza resa all'esito del dibattimento o del giudizio abbreviato).
Alla tradizionale difficoltà con cui si scontra colui che, per la prima volta, deve formalmente rivolgersi all'autorità giudiziaria nel rispetto della disciplina prevista dal codice di rito, si aggiunge l'assenza dell'elemento che normalmente caratterizza questa particolare attività del legale: l'analisi della motivazione del provvedimento di cui si contesta giustizia e/o legittimità. Tale circostanza non si sostituisce, tuttavia, al tradizionale approccio del professionista che predispone l'impugnazione. Ne articola diversamente e solo in parte l'attività: il risultato è sempre lo stesso. Sia ciò che è scritto nel proprio ufficio sia ciò che si elabora nella concitazione dell'esame, deve essere idoneo a convincere il giudice delle proprie ragioni, nell'osservanza di quanto richiesto dal codice per la formazione di un atto valido ed efficace.
In parte diversamente da quanto previsto per il processo civile, gli atti dell'ambito penale non solo sono relativamente poco numerosi, ma sono soggetti anche a minori formalità. Il rito penale, improntato essenzialmente al principio dell'oralità nella fase del giudizio, di regola non ricorre alla forma scritta nell'istruzione probatoria né nel dialogo con il giudice. Anche l'avvocato che, nei processi più complessi, deposita al collegio giudicante *note d'udienza* ove sintetizza i punti più salienti delle conclusioni discusse oralmente, non ha a disposizione alcuna forma particolare. L'intestazione "note d'udienza" è forma risalente nel tempo, che non trova uno specifico riscontro nel codice di rito se non nella disposizione che, in generale, autorizza le parti ed i loro difensori alla presentazione al giudice di «memorie o richieste scritte in ogni stato e grado del procedimento» (art. 121 c.p.p.).
Nel processo penale, non sono molti gli atti da prendere in considerazione anche al fine dell'esame.
Tra le impugnazioni ordinarie emerge anzitutto per la sua frequenza ed importanza l'appello. Pure il ricorso per cassazione, seppure possa apparire ultroneo rispetto al momento in cui viene sostenuto esame (l'inizio della propria carriera professionale), ha la sua rilevanza. Come si noterà tra breve, infatti, l'appello è allo stesso tempo gravame e impugnazione: ovvero strumento finalizzato a richiedere un secondo giudizio di merito e/o a censurare i vizi procedurali e sostanziali del primo. Il ricorso per cassazione, essendo consentito solo per specifici motivi, costituisce la griglia per la denuncia delle invalidità che possono e devono essere oggetto anche e preliminarmente dell'atto di appello.
Se questi due atti rappresentano il punto di riferimento o, per meglio dire, la cornice a partire dalla quale è possibile la costruzione di qualsiasi altro atto, la querela, le richieste al tribunale

del riesame, l'atto di opposizione all'archiviazione e l'incidente di esecuzione possono ritenersi esaurire le tipologie dell'atto della parte privata nel processo penale. La scelta di limitare a questi atti la parte esplicativa del volume, è stata dettata dalla oggettiva considerazione che le altre ipotesi, cui pure si dedica qualche esemplificazione tra i casi, non richiedono spiegazioni ulteriori. Il neo professionista che abbia appreso le modalità di redazione di quegli atti, i più frequenti sia nella vita reale sia in occasione del concorso, è perfettamente in grado di affrontare senza problema alcuno anche i (pochi altri) restanti (ad esempio una richiesta di revisione o la predisposizione di una lista testimoniale ai sensi dell'art. 468 c.p.p.).
Condurre per mano il lettore nella predisposizione dell'atto introduce ad un modo di lavorare che, una volta perfezionato, si ripropone e si arricchisce nel tempo ponendo le basi affinché il professionista, partendo dalle indicazioni del codice, sia poi preparato per realizzare correttamente qualsiasi richiesta e/o istanza.
Last but not least, la scelta di utilizzare il medesimo caso come *quaestio* sia al fine di predisporre il parere sia allo scopo di introdurre l'atto consente di ragionare, sottolineandone differenze e similitudini, su entrambe le forme attraverso cui si manifesta l'attività del legale. Il primo, volto a rappresentare al cliente, o al commissario d'esame, le molteplici trame che possono legittimamente prospettarsi su una determinata vicenda, presuppone una approfondita conoscenza del diritto sostanziale; il secondo, necessariamente più articolato, su quella base costruisce il proprio discorso comunicativo non per dimostrare le proprie conoscenze ma per convincere il giudice delle ragioni del proprio cliente.

1.8 Cenni sul sistema delle impugnazioni e guida all'uso degli schemi

Se, dunque, lo studio della fattispecie oggetto di esame è essenziale anche al fine della redazione dell'atto, questo costituisce una sorta di documento "a forma vincolata", che, al fine di raggiungere lo scopo cui è destinato (di volta in volta introdurre un secondo giudizio, un controllo sul primo ovvero una ben precisa richiesta), deve contenere necessariamente alcuni elementi.
Tutti gli atti devono anzitutto "identificarsi" e quindi specificare *a chi sono indirizzati* e *da chi provengono*; deve quindi essere illustrato *che cosa si impugna* e *perché*.
Benché richiesto, almeno nella realtà, non è invece indispensabile l'*esatta denominazione dell'atto*: ai sensi dell'art. 568, comma 5, c.p.p. «l'impugnazione è ammissibile indipendentemente dalla qualificazione ad essa data dalla parte che l'ha proposta».
Nella tradizione retorica, quanto richiesto dalla legge corrisponde grosso modo alle cinque "Q" latine (*quis, quod, quo, quando, quia*) ovvero le cinque equivalenti "W" anglosassoni (*who, what, were, when, why*): classiche domande funzionali a tenere un discorso a contenuto comunicativo, corretto ed efficace.
Gli schemi di seguito proposti sono tutti strutturati entro una ben precisa cornice entro cui deve muoversi il professionista all'inizio della sua attività, e poi quasi inconsciamente anche successivamente: **a chi** indirizzare l'atto, **da chi** proviene l'atto, **quale** atto si propone, **che cosa** si impugna e per quali **motivi, che cosa si chiede**.
Tranne che nel caso della querela, specifica istanza di punizione che, se regolarmente proposta, può dare inizio alla fase procedimentale (ma a questo proposito v. anche art. 346 c.p.p.), tutti gli atti che introducono una fase successiva a quella che ha dato origine al giudizio che si impugna hanno i contenuti indicati.

Per agevolare l'apprendimento, di seguito ci si confronterà, in modo del tutto istituzionale, con i riferimenti normativi che, di volta in volta, saranno citati e spesso richiamati per esteso negli schemi. Si tratta di un'elencazione parziale ma esaustiva delle disposizioni che è necessario considerare ogni qualvolta ci si accinga a predisporre un atto di impugnazione. La ripetizione delle disposizioni all'interno di ogni singolo schema favorisce, per questa parte, l'acquisizione in via quasi automatica delle competenze necessarie alla corretta redazione di un atto.

Due le disposizioni da tener sempre a mente, entrambe nell'ambito del Titolo I (disposizioni generali) del Libro IX intitolato alle *impugnazioni*: l'art. 581 c.p.p., dedicato alla *forma dell'impugnazione* e l'art. 591 c.p.p. che, in modo altrettanto ampio, ne disciplina l'*inammissibilità*.

Ai sensi dell'art. 581 c.p.p. «L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati: il provvedimento impugnato, con la specificazione della data del medesimo e del giudice che lo ha emesso, e sono enunciati:

a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione;

b) le richieste;

c) i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta».

Correlativamente, ai sensi dell'art. 591, comma 1. c.p.p. «l'impugnazione è inammissibile:

a) quando è proposta da chi non è legittimato o non ha interesse;

b) quando il provvedimento non è impugnabile;

c) quando non sono osservate le disposizioni degli articoli 581, 582, 583, 585 e 586;

d) quando vi è rinuncia all'impugnazione».

Nella prassi l'individuazione del provvedimento che si impugna si accompagna al numero del procedimento (solitamente quello del Registro Generale notizie di reato – R.G.N.R. – cui di volta in volta si affiancano i numeri dei registri dei diversi uffici giudicanti, dal g.i.p. sino alla Corte di Cassazione). Nella simulazione, ove gli elementi contenuti nella traccia lo consentano, similmente, è necessario sempre caratterizzare precisamente l'atto per dimostrare la conoscenza del codice di rito e, con esso, la capacità di redigere un atto valido ed efficace. La **data,** in particolare, è essenziale per calcolare correttamente i termini entro i quali presentare l'atto: la vana decorrenza dei termini per impugnare, senza che vi sia stata una ben precisa intesa con il proprio cliente volta a non presentare l'impugnazione, ha ricadute sul piano disciplinare e deontologico nella realtà; è indice di ignoranza e di assoluta inesperienza in ambito penalistico in sede di esame, e quindi motivo per una insufficienza.

Anche un avvocato con anni di attività lavorativa alle spalle controlla sempre gli artt. 544 e 585 c.p.p. Come è noto, invero, i **termini** per impugnare, previsti ovviamente a pena di decadenza (art. 585, comma 5, c.p.p.) e in generale per tutti i provvedimenti appellabili o ricorribili, sono diversi a seconda del tempo impiegato dall'organo giurisdizionale a stendere la motivazione (15 giorni in caso di motivazione contestuale, 30 o 45 nell'ipotesi rispettivamente di redazione della motivazione entro i 15 gg. successivi alla pronuncia o entro il termine indicato dal giudice non eccedente il 90° dalla pronuncia) e dalla natura del provvedimento (per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio sono previsti comunque 15 giorni)

(art. 585, comma 1, c.p.p.). La decorrenza è inoltre differenziata a seconda del momento in cui i legittimati hanno avuto conoscenza (legale o reale: cfr. art. 585, comma 2, c.p.p.) del provvedimento.
Poiché le impugnazioni principali hanno effetto devolutivo, la parte deve indicare:

– i **capi**, ovvero le *res iudicandae*, vale a dire le imputazioni che potrebbero essere anche numerose, sia nei confronti della medesima persona sia perché si tratta di procedimento a carico di una pluralità di soggetti,
– i **punti**, ovvero le parti di ciascun capo o imputazione (condotta, evento, pena ecc...) della decisione che si impugna.

Le **richieste**, ovviamente, variano a seconda della tipologia dell'atto e delle contingenti vicende oggetto dei provvedimenti che si impugnano. Alcune linee guida sono però sin da ora astrattamente individuabili sol che si considerino il percorso logico, prima ancora che giuridico, che caratterizza ogni provvedimento.
Il giudice può decidere sulla domanda principale (l'azione penale) o incidentale (ad esempio qualora sia investito della richiesta dell'emissione di una misura cautelare) unicamente se, nell'uno e nell'altro caso, preliminarmente ha verificato la sussistenza di tutti requisiti che radicano il suo potere, riconducibili in senso lato alla categoria dei presupposti del processo. Prima di entrare nel merito della decisione l'organo giurisdizionale deve appurare di avere giurisdizione e di essere competente, deve controllare la presenza delle necessarie condizioni di procedibilità (in particolare nelle ipotesi di reati perseguibili la querela) o, *a contrariis*, l'assenza di condizioni preclusive (ad esempio una determinata ipotesi di immunità o una precedente decisione che giustificherebbe l'applicazione del principio del *ne bis in idem* ovvero ancora la decorrenza del tempo richiesto dalla legge per la declaratoria di estinzione del reato). Soltanto dopo aver eseguito questi accertamenti, l'organo giurisdizionale può prendere in esame la fondatezza della domanda vagliandone gli elementi probatori e la qualificazione giuridica: e quindi, ancora una volta secondo un percorso anzitutto logico, accertandone la validità e conseguentemente la utilizzabilità del materiale probatorio e, su questa base, la riconducibilità del fatto storico così ricostruito ad una fattispecie astratta.
Il codice individua espressamente la successione di questi argomenti quando disciplina forme e modalità della decisione all'art. 527 c.p.p. che, intitolato alla *deliberazione collegiale* precisa (comma 1) che «Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide separatamente le questioni preliminari non ancora risolte e ogni altra questione relativa al processo. Qualora l'esame del merito non risulti precluso dall'esito della votazione, sono poste in decisione le questioni di fatto e di diritto concernenti l'imputazione e, se occorre, quelle relative all'applicazione delle pene e delle misure di sicurezza nonché quelle relative alla responsabilità civile». Benché dettata a proposito della decisione da emettere all'esito del giudizio dibattimentale di primo grado la norma si applica a qualsiasi altra ipotesi di decisione. Anche in caso di emissione di una misura cautelare il giudice per le indagini, ad esempio, deve anzitutto verificare la propria competenza (cfr. artt. 26 e 27 c.p.p.), vagliare la legittimità degli elementi di prova sottoposti alla sua attenzione (cfr. art. 273, comma 1, *bis* c.p.p.), e solo a questo punto valutare se le allegazioni e le produzioni del rappresentante dell'accusa sono sufficienti ad integrare i presupposti (gravi indizi di colpevolezza e esigenze cautelari) per l'emissione, nell'ipotesi prospettata, ad esempio di un'ordinanza che dispone la custodia in carcere.

Il legale segue una strada analoga, ovviamente con l'osservanza dei presupposti dettati dalla legge per la presentazione di quel certo atto di impugnazione.
Di fronte ad una decisione pregiudizievole per il proprio cliente sia il professionista sia il giovane laureato verificano anzitutto che non sussistessero allora e che non sussistano oggi condizioni preclusive alla pronuncia di merito. Si accertano quindi della validità degli elementi probatori posti a base della decisione, verificano la correttezza del ragionamento decisorio dell'organo giurisdizionale e iniziano quindi a sondare la fondatezza di eventuali ipotesi alternative.
L'ordine dei diversi passaggi è logicamente imposto: questioni preliminari, decisione di merito, ricostruzione in fatto, ricostruzione in diritto. Così come il giudice, anche la parte accede ai passaggi successivi quando l'elaborazione di quello precedente dà un esito per sé negativo: dopo aver accertato la sussistenza della querela (condizione di procedibilità), si indaga se gli elementi posti a base delle decisione di condanna sono validi; quindi si discute della logicità e della completezza della motivazione del giudice (cfr. art. 606 c.p.p.), distinguendo tra il rispetto dei criteri che informano il ragionamento induttivo, deduttivo o per abduzione e la correttezza della esegesi o dell'applicazione di una certa disposizione di legge. Nell'atto di parte l'organizzazione dei diversi argomenti è, se possibile, ancora più pregnante che non nell'atto decisorio. Solo seguendo l'ordine indicato nello studio dell'atto, il professionista riesce anche ad organizzare in modo efficace le relative richieste, a partire da quelle più favorevoli a quelle più pregiudizievoli per il proprio assistito. Prendendo a paradigma la decisione di merito, chiaramente la richiesta di una assoluzione *perché il fatto non sussiste* o *perché l'imputato non lo ha commesso* è migliore di una richiesta volta a sollecitare la declaratoria per estinzione del reato a seguito di prescrizione. Conseguentemente, la richiesta di proscioglimento (o meglio di assoluzione) con le prime formule (nell'ordine indicato) verrà posta per prima; in via subordinata (ovvero *nel caso in cui non venga accolta la prima*) l'altra. Il Codice, all'art. 129 c.p.p. riporta l'ordine delle diverse formule, rimarcando il dovere del giudice di provvedere nel merito anche quando, pur essendo intervenuta una causa di estinzione del reato, vi è l'evidenza per una assoluzione piena nel merito.

2. Gli schemi

(di Francesca Ruggieri)

Gli schemi di seguito proposti, sulla falsariga di quanto si è sin qui rappresentato, costituiscono ipotesi di lavoro ovvero "modelli" di riferimento, all'interno dei quali, ovviamente, il legale inserirà solo e quanto necessario e consono alla vicenda sottoposta in concreto alla sua attenzione sulla base degli atti del procedimento ovvero della traccia di esame.

2.1 L'appello

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

Alla Corte di Appello di ...

L'atto di parte si indirizza per definizione ad una **Autorità**; senza tale identificazione l'atto è inesistente.
Per l'atto di appello, ricordarsi di controllare la circoscrizione del provvedimento che si impugna, al fine di individuare la **Corte territorialmente competente**.

QUALE ATTO SI PROPONE

Appello

Dopo avere individuato l'Autorità a cui ci si rivolge è essenziale dare un **nome all'atto**; anche con il pericolo di apparire ripetitivi, è indispensabile indicarlo.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

Il sottoscritto avvocato, difensore di Tizio, come da nomina in atti.../come da nomina in calce...

Il sottoscritto avvocato, procuratore e difensore della costituita parte civile...

Qualsiasi impugnazione è **inammissibile** se è proposta da «chi non è legittimato o non vi ha interesse» (art. 591, comma 1, lett. *a*, c.p.p.).
Salvo casi eccezionali (ad esempio in caso di richiesta di patteggiamento, per proporre la quale il difensore deve essere munito di procura speciale), «al difensore competono le facoltà ed i diritti che la legge riconosce all'imputato» (art. 99, comma 1, c.p.p.). Di regola è il difensore che redige e sottoscrive l'atto.

Quando si tratta di un atto presentato dal **difensore dell'imputato** di solito, nella realtà, il difensore, è quello già nominato in atti. Nella simulazione dell'atto in sede esame, tuttavia, spesso il difensore è nominato per quel determinato atto: si allegherà pertanto atto di nomina. Si ricordi che in penale non vi sono particolari formalità: la nomina del difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.p., «è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente, ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata».
La **parte civile** che si costituisce personalmente o per mezzo di un procuratore speciale (cfr. art. 76 e 78 c.p.p.) «sta in giudizio col ministero di un difensore munito di procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata» (art. 100, comma 1, c.p.p.).
In caso di appello, anche in questo caso, poiché «la procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo quando nell'atto non è espressa una volontà diversa (art. 100, comma 3, c.p.p.)», è opportuno riproporre in calce la procura *ad litem*.

CHE COSA SI IMPUGNA

Propone appello verso

L'IDENTIFICAZIONE FORMALE DEL PROVVEDIMENTO

la sentenza emessa il ... da ... la cui motivazione è stata redatta entro...
e quindi (se del caso) notificata ... a.

Nella realtà è relativamente facile identificare il provvedimento che si impugna o contro cui si propone opposizione anzitutto attraverso i numeri di ruolo (del Registro Generale delle notizia di reato, RGNR).
L'indicazione delle date relative alla pubblicazione della sentenza e alla redazione della motivazione (quando non sia contestuale) è a sua volta essenziale per l'applicazione delle disposizioni che, a pena di **inammissibilità**, indicano i termini entro cui deve essere proposta l'impugnazione ovvero, nel caso di specie, l'appello. L'art. 544 c.p.p. disciplina i termini per la redazione della motivazione; l'art. 548 c.p.p. regola le eventuali notificazioni e/o comunicazioni alle parti quando la motivazione non è depositata nei termini previsti dalla legge o indicati dal giudice; l'art. 585 c.p.p., infine, indica i termini per le impugnazioni, diversificandoli appunto alla luce del tempo che è stato necessario al giudice per redigere la motivazione, anche considerando i successivi avvisi (se e quando dovuti) alle parti.
In sede di esame, in mancanza di tali indicazioni di carattere temporale (di solito non presenti nella traccia) deve essere specificata sempre **almeno l'autorità emittente** (il Giudice che ha emesso la sentenza). L'art. 581, comma 1, c.p.p. prevede che anche tale indicazione sia dovuta a pena di **inammissibilità.** Se possibile, se noti e definiti nella traccia, è quindi necessario precisare anche le date della pronuncia del dispositivo e del deposito della motivazione (da cui decorrono tempi diversi per l'impugnazione: cfr. art. 544 e 585 c.p.p.).

L'IDENTIFICAZIONE DELLA PARTE DEL PROVVEDIMENTO CHE SI IMPUGNA

Con riguardo ai capi ... ed ai punti ...

L'art. 581, comma 1, lett. *a*, c.p.p. prescrive a pena di **inammissibilità** che ogni impugnazione specifichi «i capi e i punti della decisione a cui si riferisce l'impugnazione».
L'indicazione è essenziale nelle impugnazione a carattere devolutivo quale è l'appello.
Il **capo individua la singola imputazione**, ovvero la singola "accusa" **rivolta ad ogni singolo imputato**. È irrilevante che, nella realtà, tale imputazione possa poi essere formalmente espressa unitariamente, con l'iniziale riferimento all'art. 81 c.p., in caso di concorso formale o di reato continuato a carico di un unico imputato di più reati ovvero, con il richiamo agli artt. 110 o 113 c.p. (a seconda che si contesti o meno il concorso colposo) in presenza anche di un solo reato ma nei confronti di più imputati. Ogni singolo reato, unito o meno in concorso formale o in continuazione, addebitato ad un singolo imputato, che vi sia o meno un'ipotesi concorsuale, costituisce un capo.
In sede di esame è difficile che vi sia una vera e propria "formulazione dell'imputazione" così come accade nella realtà, ove l'accusa consiste nella chiara e precisa descrizione del fatto unitamente all'indicazione delle norme di legge che si intendono violate. Di regola la traccia lascia al candidato individuare, nel fatto descritto, le norme violate.
Il **punto costituisce una singola parte del capo**, ovvero del reato: **condotta, evento, nesso di causalità, elemento soggettivo, circostanze aggravanti ed attenuanti, profili sanzionatori.**
Sia nella realtà, sia in sede di esame, può accadere che certi punti non possano né debbano essere contestati, in quanto pacifici. Ad esempio si può decidere di non contestare la condotta di una certa imputazione, ma di censurare la sussistenza del nesso di causalità; in altri casi, non controverso l'accadimento, è invece necessario discutere la sussistenza del dolo (se del caso argomentando che si tratta di fattispecie meramente colposa che non integra alcuna fattispecie penalmente rilevante).
Non è necessario impugnare sempre e comunque tutti i capi e tutti i punti che qualificano un reato. La correttezza dell'atto si misura anche sulle scelte che, caso per caso, appaiono più opportune in una difesa efficace.

LE RICHIESTE

Chiede che l'imputato sia assolto	***perché il fatto non sussiste,***
	perché non lo ha commesso
	perché il fatto non costituisce reato
	perché il fatto non è previsto dalla legge come reato;
chiede che sia pronunciata sentenza di non luogo a procedere	
	perché il reato è estinto
	perché manca una condizione di procedibilità
chiede che la pena sia riformata	
chiede che siano concessi i benefici di legge	
chiede che sia applicato l'indulto	

Anche le richieste devono essere contenute nell'atto di impugnazione a pena di **inammissibilità** (art. 581, comma 1, lett. *b* c.p.p.).
Non sempre le richieste si collocano all'inizio dell'atto. Come nella realtà l'anticipazione delle richieste facilita la lettura all'organo cui l'atto è indirizzato, così, tuttavia, anche in sede di

esame, specie per organizzare sin dall'inizio il proprio elaborato, può essere utile anticiparle, e poi ripeterle anche alla fine.
Le richieste devono essere prospettate secondo un ordine decrescente: dalla richiesta più favorevole di proscioglimento pieno, a quella "peggiore" in tema di trattamento sanzionatorio, con riguardo ad una pena più mite o alla concessione della sospensione condizionale e della non menzione.
È opportuno che l'atto contenga, ove consentito dal caso concreto, tutte le diverse ipotesi. Le disposizione di riferimento idonee ad offrire una panoramica completa delle diverse possibilità, sono quelle dettate in tema di sentenza di proscioglimento (artt. 529-532 c.p.p.) e di condanna (art. 533 c.p.p.).
L'"ordine" delle pronunce di proscioglimento dalla più favorevole alla maggiormente pregiudizievole è contenuta esplicitamente nell'art. 129 c.p.p. che, intitolato all'*obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*, prevede che «1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta».
A tal fine si ricordi il significato delle formule di proscioglimento.
Deve essere pronunciata **sentenza di assoluzione** perché:

– il fatto non sussiste: quando il reato non esiste (nessuno lo ha commesso, ad esempio si tratta di illecito meramente civile); l'imputato non lo ha commesso; quando il reato sussiste ma non è stato commesso dall'imputato;
– il fatto non costituisce reato: quando il reato esiste, l'imputato ha tenuto la condotta vietata ma non sussiste il necessario elemento soggettivo (il dolo nei delitti) ovvero si è in presenza di una causa di giustificazione;
– il fatto non è previsto dalla legge come reato: quando il fatto è integrato, ma non esiste alcuna norma incriminatrice che lo punisce (la formula è stata utilizzata ampiamente in occasione in tema di false comunicazioni sociali, quando, trattandosi di condotta posta in essere prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, introduttivo della nuova formulazione dell'art. 2621 c.c., la fattispecie inizialmente contestata è stata ritenuta, appunto, fatto non più previsto dalla legge come reato).

Deve essere invece pronunciata **sentenza di non doversi procedere** perché:

– l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita: per mancanza di una condizione di procedibilità (querela, istanza di procedimento, richiesta di procedimento, autorizzazione a procedere: cfr. artt. 336 ss.) o per inosservanza del divieto del principio del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.);
– il reato è estinto: per morte del reo, amnistia, remissione della querela, prescrizione, oblazione (artt. 150-162 *bis* c.p.).

L'ordine indicato delle formule di proscioglimento tiene conto che solo nei primi due casi

non residua alcun profilo di responsabilità a carico dell'imputato. L'assoluzione per difetto dell'elemento soggettivo può comportare la sussistenza di un illecito civile *ex* art. 2043 c.c. così come nelle restanti ipotesi di proscioglimento processuale.
Tutte le formule possono essere adottate, nel rispetto della presunzione di non colpevolezza in caso di dubbio sulle risultanze processuali. Quella che una volta era l'assoluzione per insufficienza di prove (terminologia esplicitamente assente nel nuovo codice di rito) è oggi prevista dall'art. 530, comma 2, c.p.p.
In via ulteriormente subordinata, si deve quindi prospettare una sanzione meno grave (ci si ricordi anche delle più recenti leggi in tema di indulto), dei benefici della sospensione condizionale e della non menzione e, se del caso, della eventuale possibilità di convertire la pena detentiva in pena pecuniaria.

I MOTIVI PER CUI SI IMPUGNA

Per i seguenti motivi

Indice

a. Svolgimento del processo o premessa
A pena di inammissibilità l'atto di impugnazione deve contenere «i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta» (art. 581, comma 1, lett. *c)*, c.p.p.).
Non esiste un'unica forma di atto, sia sotto il profilo dell'ordine cui si presentano i diversi argomenti, sia in relazione alla tipologia degli stessi.
Non sempre è neppure utile predisporre un indice-sommario.
Peraltro, come nella realtà un indice è efficace per rappresentare al giudice che dovrà leggere l'atto di impugnazione le proprie ragioni nel modo più semplice, specie se si tratta di atto articolato e con numerosi motivi, così in sede di esame, l'indice può costituire l'utile traccia lungo cui muoversi al fine di articolare logicamente e giuridicamente i diversi argomenti. Nell'uno e nell'altro caso offre una rappresentazione esauriente delle differenti censure che possono essere proposte anche in sede di appello l'art. 606 c.p.p. che contiene l'elenco dei motivi di legittimità che possono essere proposti davanti alla Corte di Cassazione.
Talvolta può essere utile riassumere lo svolgimento del processo ("Svolgimento del processo") oppure premettere una sintesi dei dati raggiunti dal giudice di primo grado. Nella realtà, lo svolgimento del processo è una parte dell'atto spesso indispensabile nei processi più complessi e, di regola (ma non esiste neppure un'unica forma di sentenza), quando la stessa sentenza che si impugna si diffonde nel riassumere lo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale.
Il riassunto di quanto è accaduto, con riguardo alle questioni preliminari nonché all'*iter* e alle risultanze delle prove può inoltre, anche nei procedimenti meno articolati, essere un pratico stimolo (quando si scrive talvolta ci si concentra di più) per puntualizzare tutti i profili che devono essere trattati.
Analogamente, in sede di esame una premessa quale paragrafo 1. può essere utile per fare chiarezza in ordine alla rilevanza dei diversi e spesso confusi dati offerti dalla traccia. Talvolta la traccia si chiude con una frase del genere «premessi brevi cenni sul reato omissivo, il candidato, assunte le vesti del legale di Rossi, rediga l'atto più opportuno»: tale frase, lo si rammen-

ti, è un suggerimento per indirizzare, nel merito, il lavoro del candidato, non un invito a stravolgere la struttura dell'atto, premettendo una trattazione in generale sull'argomento indicato. Seppure con le perplessità che solleva una prova d'esame la quale, ai fini dell'atto di impugnazione, omette di fornire al candidato la motivazione della decisione che si impugna, sia nella prospettiva della simulazione sia nell'ottica dell'esercizio della professione nella realtà, si deve rimanere assolutamente aderenti ai dati testuali e di fatto.
Nella realtà un buon avvocato si caratterizza da una assoluta e completa padronanza degli atti del processo. Le impugnazioni di merito (comunque a loro volta funzionali alla eventuale proposizione del ricorso di legittimità in cassazione) tanto più sono efficaci quanto più non si discostano dai dati in atti.
Analogamente, la traccia, in via di principio, non ammette integrazioni: non ci si può, ovviamente, "inventare" un testimone d'alibi mai esaminato prima. Possono tuttavia ed eccezionalmente essere ritenuti ammissibili integrazioni che non siano incompatibili e/o siano direttamente desumili da quanto offerto dal dato testuale: ad esempio, al fine di valutarne la credibilità, con riguardo ai precedenti penali di un testimone, che la traccia definisce "pregiudicato".
Last but not least, la premessa è sempre e comunque indispensabile per individuare, nella realtà o nella simulazione la problematica e/o questione centrale dell'atto da redigere.
In qualsiasi atto comunicativo, anche nel parere ove pure si è tenuti a rappresentare al cliente, reale o potenziale, tutte le possibile ipotesi, si deve individuare l'argomento (o gli argomenti) rilevante, quello/i da cui logicamente dipendono tutti gli altri. Solo in tal modo è possibile ordinare efficacemente anche le relative richieste.

b. (eventuali) Questioni preliminari

c. (eventuali) Questioni processuali che possono precludere la valutazione del merito
L'art. 527 c.p.p., intitolato alla «deliberazione collegiale» specifica l'ordine delle questioni da trattare per il giudicante.
Poiché il suddetto ordine configura quelle che sono anche per le parti la sequenza delle questioni da argomentare, la norma è una disposizione di riferimento fondamentale. Prima di entrare nel merito delle risultanze probatorie e della fondatezza delle imputazioni contestate dovranno essere anzitutto trattate le (eventuali) questioni preliminari (art. 491 c.p.p.) e ogni altra questione relativa al processo che può precludere la valutazione del merito, e quindi preludere ad una sentenza meramente processuale.
Tra le prime, che sono decise dal giudice *in limine litis* e che come, ogni altra ordinanza dibattimentale possono essere impugnate esclusivamente con la sentenza (in caso di appello) vi sono le questioni relative alla competenza, alla parte civile, al contenuto del fascicolo per il dibattimento e le nullità.
Tra le seconde merita di essere sempre ricordata la verifica della sussistenza di una condizione di procedibilità, e della querela in particolare.
Non sono ovviamente disponibili statistiche a riguardo, ma sia nella realtà sia nella simulazione è frequente che una possibile strategia difensiva sia senz'altro quella di una riqualificazione della fattispecie di reato, in modo tale da ricondurre il fatto nell'ambito di un'ipotesi perseguibile a querela, talvolta non presente o del tutto irrituale e quindi inefficace.

A questo proposito è appena il caso di ricordare che anche a questo proposito il legale deve anzitutto saper muoversi nell'ambito del diritto penale sostanziale il cui *corpus* contenuto del codice, articolato secondo il bene giuridico tutelato, ben si presta ad una ricerca mirata all'individuazione di tutte le contigue ipotesi di reato. In altre parole, anche senza mirare necessariamente a rinvenire una fattispecie perseguibile a querela ove ricondurre il fatto concreto, altrimenti perseguibile anche in assenza della istanza della parte privata ("d'ufficio"), è fatica quotidiana dell'attività professionale ragionare intorno alla più corretta qualificazione del fatto asseritamente delittuoso: per escludere addirittura la illiceità ovvero per ascriverla a ipotesi più lievi.

d. Le invalidità processuali

Il codice di rito conosce la nullità degli atti, disciplinate dall'art. 177 ss. c.p.p. e la inutilizzabilità della prova.

Tra le prime è bene controllare sempre il rispetto del diritto di difesa (art. 178, comma 1, lett. *c*, c.p.p.). Tra le seconde ci si ricordi di verificare, oltre la disposizione di carattere generale (art. 191 c.p.p.) la inutilizzabilità conseguente all'inosservanza dei termini previsti per la durata delle indagini preliminari (art. 407 c.p.p.), quelle relative all'interrogatorio dell'imputato anche allorché sia assunto quale "teste-assistito" (artt. 63, 64, 197 e 197 *bis*, 210 c.p.p.) nonché con riguardo alla disciplina specifica dettata in tema di intercettazioni (art. 271 c.p.p.).

L'avvocato si trova spesso di fronte al dilemma originato dalla opportunità di seguire una strategia meramente processuale ovvero una strategia incentrata esclusivamente sulla discussione del merito, e quindi maggiormente sbilanciata sui profili di diritto sostanziale: le due strade non sono necessariamente alternative, anzi. Ma non sempre è facile coordinare l'una e l'altra al fine di assicurare al proprio cliente una decisione legittima e giusta.

In sede di esame la situazione è, sotto questo profilo, più lineare. Non è affatto raro che la traccia contenga riferimenti ad atti invalidi, il rilievo dei quali, con la conseguente loro estromissione del materiale a disposizione del giudice per la decisione, può determinare il venir meno degli elementi necessari a ritenere la sussistenza del reato contestato, o almeno di quel reato in quella determinata configurazione, se del caso particolarmente aggravata.

L'art. 606 c.p.p., che come si ricorderà elenca i motivi (tassativi) per cui è possibile ricorrere in Cassazione, può essere consultato con profitto allorché ci si scordi di prendere in considerazione le invalidità processuali.

e. Vizio di motivazione e fatto storico. Erronea ricostruzione/insussistenza del fatto

Anche tenendo in considerazione i risultati probatori che devono essere "estromessi" dal materiale cognitivo dell'organo giurisdizionale perché nulli o inutilizzabili, può capitare che il fatto possa essere ricostruito in modo diverso da come prospettato dal giudice.

Nella realtà un simile modo di argomentare si inserisce nel cd. "vizio di motivazione", uno dei motivi di impugnazione (indicato specificatamente anche per il ricorso per cassazione dall'art. 606 c.p.p.) più diffusi. In tal caso la parte contesta proprio il discorso giustificativo del giudice, lamentandone imprecisioni, travisamenti e, in senso più ampio, salti logici e/o argomentativi.

Il fatto storicamente accertato è diverso da quello ritenuto in sentenza e, nella sua nuova specificità, non integra alcuna ipotesi illecita ovvero è riconducibile ad ipotesi dalla minore carica offensiva.

In sede di esame, non essendo a disposizione del candidato un vero e proprio testo da impugnare può essere difficile e addirittura equivoco trattare della ricostruzione del fatto, senza introdurre inammissibili integrazioni della traccia. Talvolta, tuttavia, nel rispetto dei dati a disposizione, è possibile individuare esplicitamente nella traccia errori di valutazione del materiale probatorio: si pensi, ad esempio, alla discussione in ordine alla valutazione della credibilità di un testimone ovvero di un teste assistito. Anche nel caso in cui la traccia si riferisca espressamente agli elementi probatori da cui il giudice avrebbe tratto un certo convincimento si può forse immaginare un'applicazione dell'art. 192, comma 2, c.p.p. ai sensi del quale «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti».
Questa parte dell'attività del legale, ad una visione prospettica, tuttavia, non sembra appartenere all'orizzonte della prova d'esame.

f. Violazione di legge di diritto penale sostanziale e/o erronea qualificazione del fatto

L'erronea interpretazione di una norma di diritto penale sostanziale (cd. *error in iudicando*) ovvero di una norma giuridica di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale (art. 606, comma 1, lett. *b*, c.p.p.) è altro motivo particolarmente diffuso sia nella realtà, sia nelle tracce di esame.
È il problema della qualificazione giuridica della fattispecie concreta. Specialmente quando si procede per un reato previsto dal codice (per sua natura organizzato in modo sistematico), è sempre opportuno, quando non addirittura necessario, verificare le ipotesi "contigue", ovvero poste a tutela del medesimo bene giuridico (anche dal punto di vita della loro collocazione nel codice).
È frequente che il problema da trattare possa essere risolto riconducendo la fattispecie concreta in un'ipotesi meno grave: ad esempio perché priva di aggravanti specifiche, o perché perseguibile solo a querela di parte ovvero ancora perché punibile solo come delitto (e quindi non perseguibile nel caso di condotta meramente colposa).

g. I profili sanzionatori

È molto frequente, nella prassi, la proposizione di appelli diretti esclusivamente a sindacare il trattamento sanzionatorio.
In sede di esame, se pure questa parte non può senz'altro mancare (almeno come richiesta residuale e in via subordinata), il profilo sanzionatorio costituisce un aspetto relativamente semplice.
I criteri cui riferirsi per una mitigazione della pena sono quelli indicati dall'art. 133 c.p. che, intitolato alla «gravità del reato: valutazione agli effetti della pena» prevede che: «1. Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. 2. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

In punto pena può anche essere ricordata la legge 31 luglio 2006, n. 241, relativa alla **concessione di indulto** per i reati (che non siano oggettivamente esclusi dal medesimo provvedimento) commessi fino a tutto il 2.5.2006.
Di particolare interesse, infine, è anche la disposizione (art. 53, legge n. 689/1981) che consente la sostituzione con una pena pecuniaria della pena detentiva determinata entro il limite di sei mesi.

h. Conclusioni
In fine è sempre opportuno riproporre le richieste.

Eventuale nomina

Firma

Luogo e data

2.2 Il ricorso in cassazione

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

Alla Suprema Corte di Cassazione - Roma

L'atto di parte si indirizza per definizione ad una **autorità**; senza tale identificazione l'atto è inesistente. La Corte di Cassazione è organo unico, con sede a Roma.

QUALE ATTO SI PROPONE

Ricorso per Cassazione

Dopo avere individuato l'autorità a cui ci si rivolge è essenziale dare un **nome all'atto**; anche con il pericolo di apparire ripetitivi, è indispensabile indicarlo.
Poiché le competenze della Cassazione sono molte ed eterogenee, può essere opportuno indicare le relative norme del codice di rito. La Corte, ad esempio, è anche giudice dei conflitti di competenza e di giurisdizione (artt. 28 ss. c.p.p.), e della richiesta di rimessione del processo (art. 45 ss. c.p.p.)[1] ed è l'organo competente a conoscere il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625 *bis* c.p.p.).
Si ricordi, inoltre, che, in luogo di appellare una sentenza, è anche possibile proporre «direttamente ricorso per cassazione» (ricorso *per saltum*, art. 569 c.p.p.). In tal caso, tuttavia,

[1] La Cassazione, più in particolare, ha una molteplicità di competenze: dalla sospensione del processo per la pendenza di questioni pregiudiziali (artt. 3 e 479 c.p.p.) alla ricusazione del giudice (art. 41 c.p.p.); dalla sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato (art. 71, comma 3, c.p.p.) alle decisioni prese in esito a camera di consiglio (art. 127, comma 7, c.p.p.) sino alla restituzione nel termine (art. 175, comma 6, c.p.p.). Può essere adita in occasione dell'archiviazione (art. 409 comma 6), in caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 437 c.p.p.), di provvedimenti incidentali nel giudizio di revisione (artt. 634, comma 2, e 635, comma 2, c.p.p.) e di richiesta di riparazione dell'errore giudiziario (art. 646, comma 3, c.p.p.). Può intervenire in relazione ai provvedimenti assunti in esito ai procedimenti di esecuzione penale oppure di sorveglianza (artt. 666 e 678) ed in relazione ai rapporti giurisdizionali con autorità straniere.

il ricorso non può essere presentato per i motivi previsti dall'art. 606, comma 1, lett. *d)* ed *e)* c.p.p.: ovvero, rispettivamente, né per mancata assunzione di una prova decisiva né per vizio di motivazione. La *ratio* è ovvia: quelli sono i motivi che maggiormente si prestano ad aperture in un (inammissibile) giudizio di merito.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

Il sottoscritto avvocato, difensore di Tizio, come da nomina in atti.../come da nomina in calce...

Il sottoscritto avvocato, procuratore e difensore della costituita parte civile...

Qualsiasi impugnazione è **inammissibile** se non è proposta da «chi non è legittimato o non vi ha interesse» (art. 591, comma 1, lett. *a*, c.p.p.)
Salvo casi eccezionali (ad esempio in caso di richiesta di patteggiamento, per proporre la quale il difensore deve essere munito di procura speciale), «al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato» (art. 99, comma 1, c.p.p.). Di regola è il difensore che redige e sottoscrive l'atto.
Il ricorso per cassazione deve essere sottoscritto da un difensore iscritto nell'albo speciale della Corte di Cassazione; la parte può anche proporre ricorso personalmente (art. 613 c.p.p.).
Quando si tratta di un atto presentato dal **difensore dell'imputato** di solito, nella realtà, il difensore è quello già nominato in atti. Nella simulazione dell'atto in sede esame, tuttavia, spesso il difensore è nominato per quel determinato atto: si allegherà pertanto atto di nomina, **specificando che si tratta di difensore abilitato al patrocino davanti alla Corte di Cassazione.**
Si ricordi che in penale non vi sono particolari formalità: la nomina del difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.p., «è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente, ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata».
La **parte civile** che si costituisce personalmente o per mezzo di un procuratore speciale (cfr. art. 76 e 78 c.p.p.) «sta in giudizio col ministero di un difensore munito di procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata» (art. 100, comma 1, c.p.p.). Anche in caso di ricorso per cassazione, poiché «la procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo quando nell'atto non è espressa una volontà diversa (art. 100, comma 3, c.p.p.)», è opportuno riproporre in calce la procura *ad litem*.

Nella simulazione dell'atto in sede di esame la soluzione più semplice può essere quella della redazione dell'atto da parte della **parte personalmente**: a questo proposito, tuttavia, si ricordi che la persona offesa non è parte in senso processuale.

CHE COSA SI IMPUGNA

Propone ricorso in cassazione avverso

L'IDENTIFICAZIONE FORMALE DEL PROVVEDIMENTO

la sentenza emessa il ..... da ..... la cui motivazione è stata redatta entro .....
e quindi (se del caso) notificata il ..... a ....
la misura cautelare emessa il ..... da ....
l'ordinanza emessa il ..... da .....

Nella realtà è relativamente facile identificare il provvedimento che si impugna o contro cui si propone opposizione anzitutto attraverso i numeri di ruolo (del Registro Generale delle notizia di reato, RGNR).
In caso di sentenza, l'indicazione delle date relative alla pubblicazione e alla redazione della motivazione (quando non sia contestuale) è a sua volta essenziale per l'applicazione delle disposizioni che, a pena di **inammissibilità**, indicano i termini entro cui deve essere proposta l'impugnazione ovvero, nel caso di specie, il ricorso per cassazione. L'art. 544 c.p.p. disciplina i termini per la redazione della motivazione; l'art. 548 c.p.p. regola le eventuali notificazioni e/o comunicazioni alle parti quando la motivazione non è depositata nei termini previsti dalla legge o indicati dal giudice; l'art. 585 c.p.p., infine, indica i termini per le impugnazioni, diversificandoli appunto alla luce del tempo che è stato necessario al giudice per redigere la motivazione, anche considerando i successivi avvisi (se e quando dovuti) alle parti.
Per quanto riguarda invece gli altri (molteplici) provvedimenti che possono essere impugnati con ricorso per cassazione, di solito si tratta di termini predefiniti, essenziale nella realtà ma di difficile rilevanza in sede di simulazione in caso di esame. In tal caso è necessario e sufficiente **indicare la tipologia del provvedimento che si impugna:** ad esempio il provvedimento con cui il Tribunale del riesame ha confermato la misura cautelare in carcere (impugnabile in cassazione ai sensi dell'art. 311 c.p.) ovvero l'ordinanza emessa a seguito di procedimento in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.).
In sede di esame, in mancanza di tali indicazioni di carattere temporale (di solito non presenti nella traccia) deve essere specificata sempre almeno l'**autorità emittente**. L'art. 581, comma 1, c.p.p. prevede che anche tale indicazione sia dovuta a pena di **inammissibilità.**

L'IDENTIFICAZIONE DELLA PARTE DEL PROVVEDIMENTO CHE SI IMPUGNA

Con riguardo ai <u>capi</u> ... ed ai <u>punti</u> ...

L'art. 581, comma 1, lett. *a* prescrive a pena di **inammissibilità** che ogni impugnazione specifichi «i capi e i punti della decisione a cui si riferisce l'impugnazione».
L'indicazione è essenziale nelle impugnazioni a carattere devolutivo quale è anche il ricorso per cassazione.
Il **capo individua la singola imputazione**, ovvero la singola "accusa" **rivolta ad ogni singolo imputato.** È irrilevante che, nella realtà, tale imputazione possa poi essere formalmente espressa unitariamente, con l'iniziale riferimento all'art. 81 c.p., in caso di concorso formale o di reato continuato a carico di un unico imputato di più reati, ovvero con il richiamo agli artt. 110 o 113 c.p. (a seconda che si contesti il concorso doloso o quello colposo) in presenza anche di un solo reato ma nei confronti di più imputati. Ogni singolo reato, unito o meno inconcorso formale o in continuazione, addebitato ad un singolo imputato, che vi sia o meno un'ipotesi concorsuale, costituisce un capo.

In sede di esame è difficile che vi sia una vera e propria "formulazione dell'imputazione" così come accade nella realtà, ove l'accusa consiste nella chiara e precisa descrizione del fatto unitamente all'indicazione delle norme di legge che si assumono violate. Di regola la traccia lascia al candidato il compito di individuare, nel fatto descritto, le norme violate.
Il **punto** costituisce una singola parte del capo, ovvero del reato: **condotta, evento, nesso di causalità, elemento soggettivo, circostanze aggravanti e attenuanti, profili sanzionatori.**
Sia nella realtà, sia in sede di esame, può accadere che certi punti non possano né debbano essere contestati, in quanto pacifici. Ad esempio si può decidere di non contestare la condotta di una certa imputazione, ma di censurare la sussistenza del nesso di causalità; in altri casi, non controverso l'accadimento, è invece necessario discutere la sussistenza del dolo (se del caso argomentando che si tratta di fattispecie meramente colposa che non integra alcuna fattispecie penalmente rilevante).
Non è necessario impugnare sempre e comunque tutti i capi e tutti i punti che qualificano un reato. La correttezza dell'atto si misura anche sulle scelte che, caso per caso, appaiono più opportune in una difesa efficace.

LE RICHIESTE

Chiede l'annullamento, con o senza rinvio, del provvedimento impugnato

Anche le richieste devono essere contenute nell'atto di impugnazione a pena di inammissibilità (art. 581, comma 1, lett. *b*, c.p.p.). Non sempre le richieste si collocano all'inizio dell'atto. Come nella realtà l'anticipazione delle richieste facilita la lettura all'organo cui l'atto è indirizzato, così, tuttavia, anche in sede di esame, specie per organizzare sin dall'inizio il proprio elaborato, può essere utile anticiparle, e poi ripeterle anche alla fine.
Poiché la Corte di Cassazione è giudice di sola legittimità, non può, ovviamente, chiedersi una pronuncia di merito. Il giudizio della Corte è diretto esclusivamente a verificare la correttezza del provvedimento impugnato, ovvero a verificare se il provvedimento impugnato è stato reso nel rispetto delle norme di legge, di diritto penale sostanziale e processuale.
L'accertamento della sussistenza di uno dei vizi (tassativamente previsti) che si possono denunciare di fronte alla Corte di legittimità, comporta l'annullamento del provvedimento viziato, allorché, ovviamente, il vizio sia stato determinante per la decisione impugnata. Spetterà ad un altro giudice di merito (il giudice del rinvio) emettere una nuova pronuncia, «uniformandosi alla sentenza della corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa» (art. 627, comma 3, c.p.p.).
Le richieste di annullamento, con o senza rinvio, sono strettamente connesse ai motivi per cui si impugna.
L'annullamento senza rinvio (art. 620 c.p.p.) viene disposto tutte le volte in cui è inutile un ulteriore processo. È il caso del venir meno della norma incriminatrice (il fatto non è più previsto dalla legge come reato) o della sussistenza di una preclusione processuale (il reato è estinto o l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita). Rientrano in questa categoria anche i provvedimenti che il giudice ordinario non aveva potere di emettere (ad esempio perché attribuiti alla pubblica amministrazione o perché in relazione ad un fatto per cui il pubblico ministero non aveva esercitato azione penale), l'errore di persona, nonché «ogni altro caso in

cui la corte ritiene superfluo il rinvio ovvero può essa medesima procedere alla determinazione della pena o dare i provvedimenti necessari» (art. 620, comma 1, lett. *l*, c.p.p.).
L'annullamento con rinvio deve essere pronunciato in tutti gli altri casi (art. 623 c.p.p.).
La Corte può anche limitarsi a rettificare la sentenza impugnata, senza pronunciare annullamento, per correggere la specie o la quantità della pena per errore di denominazione o di computo ovvero quando deve applicare una legge più favorevole all'imputato qualora non siano necessari nuovi accertamenti di fatto (art. 619 c.p.p.).
Diversamente da quanto si è osservato in occasione dell'atto di appello, nel caso del ricorso non sempre è possibile prospettare una molteplicità di richieste, se del caso graduate in ordine decrescente (dalla richiesta di proscioglimento pieno alla mitigazione del trattamento sanzionatorio). Non trattandosi di un nuovo giudizio di merito, ma di un giudizio meramente rescindente, l'annullamento può essere ottenuto anche per uno solo dei molteplici motivi prospettati. Semmai, come si osserverà a breve, è sempre opportuno ordinare secondo la prospettiva più efficace, i motivi che giustificano il ricorso.

I MOTIVI PER CUI SI IMPUGNA

Per i seguenti motivi

Premessa
Assenza dei presupposti processuali
Abuso di potere
Error in iudicando
Error in procedendo
Mancata assunzione di una prova decisiva
Vizio di motivazione

Conclusioni

Indice

Ai sensi dell'art. 606 c.p.p. il ricorso per cassazione può essere proposto solo per i seguenti motivi:

«a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri;

b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale;

c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza;

d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2 c.p.p.;

e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame».

Ai sensi del comma 3 della predetta disposizione «il ricorso è inammissibile se è proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero (...) per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello».
Evidentemente possono essere proposti più motivi qualificabili all'interno della medesima tipologia di vizio (è abbastanza frequente, nella realtà, ad esempio, che un ricorso contenga due o più motivi attinenti al medesimo vizio di motivazione, seppur con argomenti diversi).
Anche per il ricorso per cassazione non esiste un'unica forma di atto sotto il profilo dell'ordine con cui si presentano i diversi argomenti.
La tassatività dei motivi per cui si può presentare ricorso per cassazione, tuttavia, paradossalmente, agevola la predisposizione dell'atto che non può mai essere diretto a sollecitare alla Cassazione una rivalutazione nel merito delle prove.
In tal caso un indice è assolutamente indispensabile per rappresentare ai Supremi Giudici in modo ordinato gli argomenti di ricorso, di volta in volta ricondotti ad uno o più dei vizi tassativamente previsti.
Sia nella realtà sia in sede di esame, in particolare, l'approccio all'atto deve essere condotto proprio interrogandosi sulla sussistenza di uno dei particolari motivi di ricorso espressamente previsti dalla legge.

a. Premessa
Nella realtà, di fronte alla Corte di Cassazione, che non conosce e, di regola, non può conoscere gli atti del processo di merito, ma che ha disposizione solo i provvedimenti impugnati, è essenziale riassumere, anche sinteticamente, lo svolgimento del processo e le modalità con cui il Giudice del provvedimento contro cui si ricorre ha argomentato una certa decisione.
In sede di esame una premessa è utile per fare chiarezza tra i dati offerti dalla traccia specie quando, come spesso accade, ci si trova di fronte a indicazioni non sempre univoche. La traccia non ammette integrazioni che non siano direttamente desumili da quanto offerto dal dato testuale. Non ci si può, ovviamente, "inventare" un testimone d'alibi mai esaminato prima.
È tuttavia indispensabile chiarire quale sia la problematica centrale dell'atto da redigere: ad esempio la rilevanza della inutilizzabilità delle intercettazioni sulla dichiarazione di colpevolezza dell'imputato ovvero l'erronea qualificazione giuridica dei dati di fatto a disposizione.

b. Assenza dei presupposti processuali
Come accade con riguardo all'atto di appello, anche in Cassazione possono essere fatte valere tutte quelle questioni, preliminari all'esame della correttezza e della legittimità della decisione, che interessano la stessa sussistenza del potere di procedere e che possono comportare l'annullamento senza rinvio della decisione impugnata. È il caso, tra l'altro, della mancanza delle condizioni di procedibilità o dell'estinzione del reato. Questo motivo logicamente precede tutti gli altri.

c. Abuso di potere
È vizio che ricorre di rado (art. 606, comma 1, lett. *a)*, c.p.p.).
È ipotizzabile quando il giudice: esercita una funzione legislativa, creando per analogia una norma incriminatrice oppure abrogando una statuizione vigente; usurpa una funzione amministrativa, adottando, revocando o annullando provvedimenti amministrativi; ovvero ancora adotta un

provvedimento non consentito ai pubblici poteri, ad es. violando il regime delle immunità o pronunciandosi su una questione spettante ad un'autorità straniera.
Quando si ricorre all'art.606 c.p.p. come griglia per la redazione di un qualsiasi atto di imputazione, il motivo rileva allorché si debba discutere un provvedimento di coercizione reale di cui è dubbia la natura.

d. Error in iudicando

L'inosservanza o l'erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale, ricomprende tutte le questioni relative all'interpretazione della disposizione di diritto sostanziale.
È uno dei vizi (art. 606, comma 1, lett. *b)*, c.p.p.) più frequentemente lamentati e spazia dalle problematiche inerenti il concorso di norme e l'applicazione del principio di specialità alla ricostruzione dei singoli presupposti della fattispecie penalmente rilevanti (si pensi alla "violazione di legge" a proposito dell'abuso di ufficio o alla qualificazione, in tema di reati propri, di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio), dal concetto di "concorso esterno" nel reato associativo alla sussistenza o meno di un'ipotesi aggravata o di un'attenuante. È il vizio in relazione a cui la Corte è chiamata ad esercitare il suo ruolo nomofilattico.
Il problema della corretta qualificazione giuridica di una fattispecie concreta, per definizione cristallizzata nella relativa ricostruzione effettuata dal giudice di merito di fronte al giudice della legittimità, è operazione frequentissima.
Sia il codice penale sia le fattispecie di leggi speciali sono tendenzialmente organizzate tra fattispecie punite più o meno gravemente, sia dal punto di vista sanzionatorio, sia dal punto di vista della relativa procedibilità (d'ufficio o a querela). Nell'attività di ogni giorno sia in sede di esame accade spesso che la questione sottoposta al legale o al candidato coinvolga proprio la riconducibilità della fattispecie descritta ad un'ipotesi meno grave nel senso indicato.
Altrettanto frequente è il caso in cui si chieda di discutere, alla luce dei principi generali del codice penale, ad esempio il concorso di norme o le forme di manifestazione del reato, una determinata fattispecie incriminatrice.
Ciò che rileva, nella realtà e nella simulazione, non è la conoscenza di quella determinata ipotesi nel dettaglio, ma il suo esatto inquadramento nel sistema di diritto penale, al fine di poter legittimamente e correttamente sostenere che il caso sottoposto all'attenzione del legale può essere diversamente qualificato, sino ad escludere, talvolta, la stessa rilevanza penale.
Nell'ambito dei vizi di diritto penale sostanziale ricade anche l'erronea applicazione del trattamento sanzionatorio (art. 133 c.p.). A questo proposito potrebbe anche prospettarsi un annullamento solo in punto pena: caso tuttavia poco frequente perché consolidato il principio secondo cui la determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittali rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità.

e. Error in procedendo

Il vizio (art. 606, comma 1, lett. *c)*, c.p.p.) concerne tutte forme di invalidità processuali, l'inammissibilità e la decadenza relative agli atti di parti, le nullità concernenti gli atti e l'inutilizzabilità relativa alle prove. Non rilevano, ovviamente, tutte quelle difformità dalla disciplina prevista dal codice di rito che integrano mere irregolarità.
Da sottolineare, in particolare, le nullità degli atti, disciplinate dagli artt. 177 ss. c.p.p. e la inu-

tilizzabilità della prova. Tra le prime è bene controllare sempre il rispetto del diritto di difesa (art. 178, comma 1, lett. *c)*. Tra le seconde ci si ricordi di verificare, oltre la disposizione di carattere generale (art. 191 c.p.p.) la inutilizzabilità conseguente all'inosservanza dei termini previsti per la durata delle indagini preliminari (art. 407 c.p.p.), quella relativa all'interrogatorio dell'imputato anche come "teste-assistito" (art. 63, 64, 197 e 197 *bis*, 210 c.p.p.) nonché l'inutilizzabilità prevista per la disciplina specificatamente dettata in tema di intercettazioni (art. 271 c.p.p.).
In caso di ricorso per Cassazione in particolare, ma l'osservazione può valere per qualsiasi altra impugnazione, il vizio dell'errore *in procedendo* rileva nella misura in cui abbia inciso sulla decisione che si impugna.
L'argomentazione in ordine alla sussistenza del vizio deve quindi essere sorretta da una contestuale valutazione sulla sua rilevanza al fine di una pronuncia diversa da quella resa in base all'atto viziato.
Rimangono naturalmente escluse da queste considerazioni le nullità generali che, là dove incidono sulla correttezza dello stesso *iter* processuale ovvero interessano un atto propulsivo, di regola comportano la regressione del procedimento al momento in cui è stato compiuto l'atto viziato, con la caducazione di tutti gli atti successivamente compiuti sulla base del primo.
Anche in sede di esame, dove, non disponendo del provvedimento da impugnare, si deve ragionare sui laconici dati offerti dalla traccia, è opportuno considerare sempre, in uno con l'analisi del diritto sostanziale, i profili processuali.
Talvolta la riconducibilità della fattispecie concreta descritta dal prospettato delitto ad una contravvenzione, ovvero ad un'ipotesi "minore" in punto pena o condizione di procedibilità ovvero ancora ad un caso addirittura che non integra alcun reato (ad esempio perché, in caso di delitto, non sussiste il necessario dolo) può passare attraverso l'"estromissione" di una prova inutilizzabile (continuando nell'esempio prospettato, perché i risultati delle intercettazioni che avrebbero dimostrato l'intenzionalità della condotta sono inutilizzabili in quanto le relative operazioni sono state effettuate senza il necessario provvedimento autorizzativo dell'organo giurisdizionale).

f. Mancata assunzione di una prova decisiva

Anche l'inosservanza del diritto alla controprova è, secondo la giurisprudenza prevalente, oggetto di "prova di resistenza" al fine di dimostrarne la rilevanza per l'eventuale pronuncia di una sentenza diversa da quella impugnata, resa senza quella prova (art. 606, comma 1, lett. *d)*, c.p.p.). In occasione dell'esame è difficile che possa prospettarsi una simile ipotesi: ma è da ricordare per la sua rilevanza in tema di diritto al contraddittorio e, in senso più generale, del diritto di difesa.

g. Vizio di motivazione

Il vizio di motivazione (art. 606, comma 1, lett. *e)*, c.p.p.), ovvero «la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame» impone, anche in base alla semplice traccia una più che opportuna riflessione in ordine alle argomentazioni che hanno sorretto la decisione del giudice e che il legale deve discutere in sede di impugnazione.

Seppure sia senz'altro il motivo più diffuso, non è agevole sintetizzarlo. Sia nella realtà sia in sede di simulazione il vizio di motivazione costituisce la cornice entro cui inserire le più diverse ed eterogenee censure. Manca di motivazione il provvedimento di condanna che non prende in esame i criteri per la determinazione della pena di cui all'art. 133 c.p. ovvero omette di spiegare perché non ha ritenuto di dar credito alla testimonianza di alibi, ovvero ancora non spiega la sussistenza del nesso di causalità rispetto ad una condotta omissiva. È invece contraddittorio quel documento che, senza altro chiarimento, in una parte della sentenza dà credito alle dichiarazioni del medesimo testimone, mentre in un'altra non ritiene di considerarlo in alcun modo ovvero afferma essere mendace. Infine, travisa le risultanze processuali la motivazione che tace o deforma le affermazione del testimone a discarico, tralasciate o riportate in modo differente da quello che è stato trascritto e verbalizzato in udienza.
Il richiamo al "testo del provvedimento impugnato", sino al 2006 senza nessun altra aggiunta, escludeva esplicitamente l'ipotesi del travisamento, ovvero della contrarietà tra quanto sostenuto in sentenza e quanto emergeva dai verbali dell'istruzione probatoria. Sino ad allora, ma è considerazione ovviamente ancora attuale, non si sarebbe mai potuto confrontare discorso giustificativo del giudice e piattaforma probatoria. Il vizio, oggi come ieri, è limitato alle contraddizioni interne del ragionare dell'organo giurisdizionale: l'insostenibilità della legittimità di un reato di pericolo presunto, ritenuto, in ipotesi, non conforme al quadro costituzionale. A questo profilo oggi il travisamento del fatto consente, nei limiti tracciati dalla norma, di rilevare il contrasto tra quanto ritenuto nel provvedimento e quanto emerge dagli atti indicati.

h. Conclusioni
Anche nel ricorso per cassazione può essere opportuno ripetere le proprie richieste, sintetizzando i motivi e la loro rilevanza per il tipo di provvedimento richiesto (annullamento con o senza rinvio).

Eventuale nomina

Firma (della parte personalmente o del difensore abilitato al patrocinio di fronte alla Corte di Cassazione)

Luogo e data

2.3 L'opposizione all'archiviazione

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

Al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di ...

L'atto di parte si indirizza per definizione ad una **autorità**; senza tale identificazione l'atto è inesistente.
L'opposizione alla richiesta di archiviazione si propone al Giudice per le indagini preliminari che è stato investito della richiesta da parte del pubblico ministero. Territorialmente, ovviamente, è competente il giudice dell'ufficio presso cui opera il rappresentante dell'accusa.

QUALE ATTO SI PROPONE

Opposizione alla richiesta di archiviazione

Dopo avere individuato l'Autorità a cui ci si rivolge è essenziale dare un nome all'atto; anche con il pericolo di apparire ripetitivi, è indispensabile specificare l'atto.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

Il sottoscritto Sempronio, assistito dall'avv. ...., come da nomina in calce...

In caso di opposizione alla richiesta di archiviazione (art. 408, comma 3, e 410 c.p.p.), poiché il codice richiama la sola persona offesa e in giurisprudenza vi è incertezza sulla legittimità di una opposizione presentata da parte del solo difensore, è opportuno che l'atto sia redatto dalla persona offesa personalmente, assistita dal difensore, di cui in fine riconfermerà la nomina (o nominerà *ex novo*).

CHE COSA SI OPPONE

Opposizione verso

L'IDENTIFICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO

la richiesta di archiviazione emessa il ... e notificata il ... con la quale il Pubblico Ministero di ..., nel procedimento a carico di ... (ignoti o ...) chiedeva l'archiviazione (totale o parziale) per il/i reato/i di cui all'art. ...

Nella realtà è relativamente facile identificare il provvedimento che si impugna o contro cui si propone opposizione anzitutto attraverso i numeri di ruolo (del Registro Generale delle notizia di reato, RGNR).
In sede di esame, in mancanza di tali indicazioni deve essere indicata sempre l'autorità emittente, e se disponile in traccia, soprattutto la data della notificazione alla persona offesa, da cui decorrono i dieci giorni entro i quali, a pena di **inammissibilità**, è possibile proporre l'opposizione.
Per identificare il provvedimento che si oppone, anche al fine di rendere edotto (il giudice nella realtà) i Commissari (in sede di esame) è poi opportuno sintetizzare il contenuto della richiesta di archiviazione: sintesi che è altresì utile per puntualizzare l'oggetto della propria censura.

LE RICHIESTE

Chiede che la richiesta di archiviazione, previa fissazione dell'udienza, sia rigettata e (formulata l'imputazione ovvero)
disposta la prosecuzione delle indagini, con riferimento agli atti investigativi sottoindicati

Si ricordi che non sempre le richieste si collocano all'inizio dell'atto. Come nella realtà l'anticipazione delle richieste facilita la lettura all'organo cui l'atto è indirizzato, così, tuttavia, anche

in sede di esame, specie per organizzare sin dall'inizio il proprio elaborato, può essere utile anticiparle (e comunque ripeterle) alla fine.
Si rammenti, inoltre, che, poiché ai sensi dell'art. 410, comma 1, c.p.p. la persona offesa con l'opposizione chiede «la prosecuzione delle indagini preliminari indicando, a pena di inammissibilità, l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova» è assolutamente indispensabile indicare quali siano gli atti che il pubblico ministero nella sua attività procedimentale ha omesso e che devono, pertanto, essere svolti.
La legge richiede l'indicazione degli elementi di indagine suppletiva ai fini dell'ammissibilità della richiesta, circostanza che non esclude che l'opponente possa comunque chiedere, là ove il giudice ritenga le indagini esaurienti, anche la "formulazione coatta dell'accusa".

I MOTIVI PER CUI SI IMPUGNA

Per i seguenti motivi

a. Premessa
Come nella realtà un "sommario" è efficace per rappresentare al giudice che dovrà leggere l'atto le proprie ragioni nel modo più semplice, così in sede di esame, anche in un atto che può essere relativamente facile quale una opposizione alla richiesta di archiviazione, è più che opportuna una Premessa ove sintetizzare gli argomenti da sviluppare: o meglio ancora la corretta individuazione della problematica che si andrà a trattare. Nel caso dell'opposizione, lo si ripete, l'erroneità e/o l'infondatezza della richiesta di archiviazione del pubblico ministero.

b. Motivi
Più in particolare, due sono i profili relativamente ai quali il rappresentante dell'accusa può avere eluso l'obbligo costituzionalmente imposto dell'azione penale e quindi aver sbagliato nel chiedere l'archiviazione del procedimento. Il pubblico ministero può aver esaurientemente investigato, ma aver interpretato male le risultanze istruttorie; può invece, pur avendo qualificato correttamente l'ipotesi delittuosa sottoposta al suo esame, aver omesso tutte o parte delle investigazioni necessarie.
Anche nel primo caso, a pena di inammissibilità, la persona offesa deve indicare le indagini suppletive da svolgere; ma l'argomentazione, ovviamente sarà incentrata soprattutto sulla rilevanza penale del fatto accertato. Nella seconda ipotesi, invece, dovranno anzitutto individuarsi le indagini omesse.
Nella realtà, l'uno e l'altro profilo possono ovviamente coesistere, specie nel caso di procedimento cumulativo e/o relativo ad una pluralità di addebiti e/o di indagati.
Ciò che rileva, nella pratica come in sede di esame è la necessità di convincere l'organo giurisdizionale di controllo, che la richiesta del pubblico ministero è diretta proprio ad eludere l'obbligo costituzionale in tema di azione penale, vuoi perché le indagini svolte sono del tutto incomplete, vuoi perché i fatti accertati hanno rilevanza penale.

c. Conclusioni
In fine è sempre opportuno riproporre le richieste, sintetizzando anche le richieste "istruttorie" al fine di evitare la declaratoria di inammissibilità.

Eventuale nomina

Firma

Luogo e data

2.4 Il riesame o l'appello di una misura cautelare personale al Tribunale del riesame (cd. Tribunale della libertà)

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

Al Tribunale del riesame di ...

L'atto di parte si indirizza per definizione ad una Autorità; senza tale identificazione l'atto è inesistente.
In caso di riesame (art. 309 c.p.p.) o di appello al Tribunale del riesame (art. 310 c.p.p.) l'autorità cui ci si rivolge è il Tribunale del riesame che, dal punto di vista territoriale, si individua ne «il tribunale del luogo in cui ha sede la corte d'appello o la sezione distaccata della corte d'appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza» (art. 309, comma 7, c.p.p. richiamato dall'art. 310, comma 2, c.p.p.).

QUALE ATTO SI PROPONE

Riesame/Appello al Tribunale del riesame (art. 309 o art. 310 c.p.p.)

Dopo avere individuato l'Autorità a cui ci si rivolge è essenziale dare un **nome all'atto**; anche con il pericolo di apparire ripetitivi, è indispensabile indicarlo.
Dinnanzi al Tribunale del riesame, in tema di misure cautelari personali può proporsi sia il riesame sia l'appello, rispettivamente disciplinati dagli artt. 309 e 310 c.p.p. Perché le ipotesi sono duplici e alternative, è opportuno indicare l'articolo del codice di rito relativo all'impugnazione che si propone.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

Il sottoscritto avvocato, difensore di Tizio, come da nomina in atti .../come da nomina in calce ...

Tizio, assistito dall'avv. ... come da nomina in calce

Qualsiasi impugnazione **è** inammissibile se non è proposta da «chi non è legittimato o non vi ha interesse» (art. 591, comma 1, lett. *a*, c.p.p.). Salvo casi eccezionali (ad esempio in caso di richiesta di patteggiamento, per proporre la quale il difensore deve essere munito di procura speciale), «al difensore competono le facoltà ed i diritti che la legge riconosce all'imputato» (art. 99, comma 1, c.p.p.).

Di regola è il difensore che redige e sottoscrive l'atto ma nel caso del Tribunale del riesame non è infrequente che l'atto sia proposto direttamente dall'indagato.
Nella prima ipotesi, nella realtà, di solito il difensore è quello già nominato in atti. Nella simulazione, in sede esame, spesso il difensore è nominato per quel determinato atto: si allegherà pertanto atto di nomina.
Si ricordi che nel rito penale non vi sono particolari formalità: il difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.p. «è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente, ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata». Ai sensi del comma 3 di questa disposizione, inoltre, «la nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto, con le forme previste dal comma 2».

CHE COSA SI IMPUGNA

Propone riesame/appello verso

IDENTIFICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO E DELLE PARTI DEL PROVVEDIMENTO CHE SI IMPUGNANO

Il provvedimento con il quale era disposta la misura coercitiva (art. 280 c.p.p.)
della custodia cautelare in carcere (art. 285 c.p.p.) o in luogo di cura (art. 286 c.p.p.)
degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.)
del divieto o obbligo di dimora (art. 283 c.p.p.)
dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria (art. 282 c.p.p.)
che ha disposto l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 bis c.p.p.)
del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282 ter c.p.p.)
del divieto di espatrio (art. 281 c.p.p.)
provvedimento emesso il ... eseguita il ... notificata il ...

Il provvedimento con il quale era disposta la misura interdittiva (art. 287 c.p.p.)
della sospensione dall'esercizio dell'attività dei genitori (art. 288 c.p.p.)
della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio servizio (art. 289 c.p.p.)
del divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali (art. 290 c.p.p.) la misura coercitiva (art. 280 c.p.p.)
provvedimento emesso il ... eseguito il ... notificato il ...

Il provvedimento che ha modificato e/o sostituito la misura cautelare personale o ha rigettato la richiesta di misura cautelare[2]

Nella realtà è relativamente facile identificare il provvedimento che si impugna o contro cui si propone opposizione anzitutto attraverso i numeri di ruolo (del Registro Generale delle notizia di reato, RGNR).
L'indicazione delle date in cui il provvedimento è stato emesso e/o eseguito consente di verificare il rispetto del termine, che la legge prevede a pena di inammissibilità, di 10 giorni (a

[2] Ex art. 310 c.p.p. sono appellabili tutte le ordinanza emesse in sede di misura cautelari persona, diverse da quelle coercitive, per cui è ammesso il riesame.

decorrere dalla esecuzione o dalla notificazione del provvedimento) per la proposizione del riesame (che non richiede contestualmente i motivi) o dell'appello (che invece richiede i motivi contestuali) al Tribunale del riesame.
In sede di esame, in mancanza di tali indicazioni di carattere temporale (di solito non presenti nella traccia) deve essere indicata sempre l'autorità emittente (il Giudice o l'Autorità giudiziaria che ha emesso o il provvedimento cautelare). Ai sensi dell"art. 581, comma 1, c.p.p. anche tale indicazione è prevista a pena di inammissibilità.
L'art. 581, comma 1, lett. *a*, prescrive a pena di inammissibilità che ogni impugnazione specifichi «i capi e i punti della decisione a cui si riferisce l'impugnazione». (Come è noto, il capo individua la singola imputazione, ovvero la singola "accusa" rivolta ad ogni singolo imputato: il punto costituisce una singola parte del capo, ovvero del reato: condotta, evento, nesso di causalità, elemento soggettivo, circostanze aggravanti ed attenuanti, profili sanzionatori).
In caso di riesame si deve, più precisamente, individuare l'oggetto dell'impugnazione: la misura cautelare personale che si impugna, ovvero, *ex* art. 309 c.p.p. l'ordinanza che dispone una misura coercitiva; il provvedimento che si impugna *ex* art. 310 c.p.p. vale a dire l'ordinanza che dispone una misura interdittiva e qualsiasi ordinanza «in materia di misure cautelari personali».
L'indicazione è essenziale in sede di appello, che, diversamente che dal riesame, è impugnazione ad effetto devolutivo.
Il riesame ha invece natura totalmente devolutiva.

LE RICHIESTE

Chiede che, previo annullamento del provvedimento impugnato, che l'indagato sia rimesso in libertà e, in subordine, che sia applicata una misura meno grave

Anche le richieste devono essere contenute nell'atto di impugnazione a pena di inammissibilità (art. 581, comma 1, lett. *b*, c.p.p.).
Non sempre le richieste si collocano all'inizio dell'atto.
Come nella realtà l'anticipazione delle richieste facilita la lettura all'organo cui l'atto è indirizzato, così, tuttavia, anche in sede di esame, specie per organizzare sin dall'inizio il proprio elaborato, può essere utile anticiparle (e comunque ripeterle) alla fine.
In sede di riesame «il tribunale, se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma o conferma l'ordinanza oggetto del riesame decidendo anche sulla base degli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza. Il tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso» (art. 309, comma 9, c.p.p.).
La disciplina dell'appello non prevede una simile norma: i caratteri della decisione del tribunale del riesame in sede di appello varieranno dunque a seconda della tipologia del provvedimento impugnato e delle richieste proposte. L'appello cautelare potrà essere definito con ordinanza di inammissibilità, o con ordinanza di conferma o riforma (integrale o parziale) del provvedimento impugnato.

I MOTIVI PER CUI SI IMPUGNA

Per i seguenti motivi

Indice

a. Svolgimento del processo o premessa

A pena di inammissibilità l'atto di impugnazione deve contenere «i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta» (art. 581, comma 1, lett. *c*, c.p.p).

Solo in sede di appello i motivi devono essere contestuali: tale differenza, essenziale nella realtà, non rileva in sede di esame quando, comunque, là ove la traccia proponga di redigere un atto di riesame si aspetta che sia redatto, ovviamente, comprensivo di motivi.

Entro tale cornice di riferimento non esiste un'unica forma di atto di riesame o di appello.

Non sempre è neppure utile predisporre un Indice.

Come nella realtà un indice è efficace per rappresentare al giudice che dovrà leggere l'atto di impugnazione le proprie ragioni nel modo più semplice, specie se si tratta di atto articolato e con numerosi motivi, così in sede di esame l'indice, tuttavia, può costituire l'utile traccia lungo cui muoversi al fine di articolare logicamente e giuridicamente i diversi argomenti. Talvolta può anche risultare opportuno riassumere lo svolgimento del processo ("Svolgimento del processo") oppure premettere una sintesi delle risultanze che emergono dal provvedimento ablativo.

Una simile "Premessa" può essere decisiva per fare chiarezza nella problematica prospettata dalla traccia, per riassumere i dati a disposizione.

Il riesame (e l'appello) al tribunale del riesame sono diretti a contestare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge che legittimano la limitazione della libertà personale: i gravi indizi di colpevolezza (art. 273 c.p.p., nei limiti di pena edittale previsti per ciascuna misura), e le esigenze cautelari (art. 274 c.p.p., pericolo di fuga, pericolo di inquinamento della prova, pericolo di reiterazione di reato) nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza (art. 275 c.p.p.).

b. Questioni processuali che possono precludere la valutazione del merito

Anche in sede di riesame (o appello) cautelare è preliminare alla discussione in ordine alla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per quel determinato provvedimento la verifica del rispetto delle norme processuali.

In particolare, si ricordi sempre che l'inosservanza dei termini per la proposizione della impugnazione, comporta la declaratoria di inammissibilità della stessa.

In sede di riesame, inoltre, l'omesso rispetto del termine previsto per la trasmissione al Tribunale del riesame degli atti presentati dal pubblico ministero in occasione della richiesta (cinque giorni, art. 309, comma 5, c.p.p.) o di quello previsto per la decisione (che deve essere resa entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, art. 309, comma 9, c.p.p.) comporta l'inefficacia della misura (art. 309, comma 10, c.p.p.)

c. Le invalidità processuali

Anche in sede di riesame (o appello) deve verificarsi la legittima ricostruzione dei fattipresupposti della misura, nel rispetto delle norme processuali previste dal codice di rito a pena

di nullità degli atti (cfr. art. 177 ss. c.p.p.) e inutilizzabilità della prova (art. 191 c.p.p.): tanto più che l'art. 273, comma 1 *bis,* c.p.p., intitolato "condizioni generali di applicabilità della misura" dalla riforma del 2001 specifica che «nella valutazione due gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271 comma 1».
Tra le nullità è bene verificare sempre il rispetto del diritto di difesa (art. 178, comma 1, lett. *c*). Tra le seconde, anche perché trattasi di ipotesi oggetto di innumerevoli pronunce di legittimità, deve essere rimarcata l'ipotesi delle intercettazioni illegittime e quindi inutilizzabili, perché assunte senza il rispetto della disciplina prevista dal codice, come così prevede l'art. 271 c.p.p.

d. La discussione in diritto sui presupposti che devono sussistere per il provvedimento ablativo

Ora è possibile discutere dei presupposti che dovrebbero legittimare il provvedimento coercitivo. In particolare, a seconda delle ipotesi per cui si procede, si deve argomentare in ordine alla sussistenza:

- dei gravi indizi di colpevolezza. A questo proposito si deve sempre ricordare che nella valutazione dei gravi indizi «si applicano le disposizioni degli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271 comma 1» (art. 273, comma 2, c.p.p.) vale a dire: le norme relative alla natura degli indizi («gravi, precisi e concordanti») e alla necessaria *corroboration* delle dichiarazione dei coimputati, le disposizioni concernenti l'inutilizzabilità della testimonianza indiretta qualora il dichiarante non indichi la persona da cui provengono le sue informazioni *de auditu* ovvero delle intercettazioni disposte fuori dai casi previsti dalla legge.
- di almeno una delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.
- del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza.

L'ordine degli argomenti è quello indicato: se non sussistono i gravi indizi di reato, viene meno l'esigenza di verificare l'esistenza delle esigenze cautelari.
Come nella realtà, peraltro, una ben precisa ed esplicita organizzazione degli argomenti e delle relative richieste non esclude la necessità di indicarle tutte, secondo la rispettiva dipendenza logica. Poiché, logicamente prima che giuridicamente, la dimostrazione dell'insussistenza del primo elemento è assorbente rispetto alla prova dell'infondatezza del secondo e del terzo, le richieste volte all'annullamento della misura per insussistenza delle esigenze cautelari e per inosservanza dei principi di proporzionalità e adeguatezza (queste ultime dirette anche a sollecitare una misura meno afflittiva) seguiranno quella fondata sulla insussistenza dei gravi indizi.
Nell'ambito del diritto processuale penale, a differenza di molte ipotesi proprie del diritto civile, è necessario e opportuno prospettare al giudicante tutte le diverse ipotesi, seppure logicamente trattate come ipotesi via via subordinate.

e. Conclusioni
Si ribadiranno le richieste.

Eventuale nomina

Luogo e data

Firma

2.5 Il riesame o l'appello di una misura cautelare reale o di un sequestro probatorio al Tribunale del riesame (cd. Tribunale della libertà)

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

Al Tribunale del riesame di ...

L'atto di parte si indirizza per definizione ad una autorità; senza tale identificazione l'atto è inesistente.
In caso di riesame (art. 309 c.p.p., richiamato dagli artt. 257, 355 , 318, 322, 324 c.p.p. – in tema di sequestri) o di appello al Tribunale del riesame (art. 310 richiamato dall'art. 322 *bis* c.p.p. in tema di sequestro conservativo) l'autorità cui ci si rivolge è il Tribunale del riesame che, dal punto di vista territoriale, si individua ne «il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento» (art. 324, comma 5, c.p.p.) in caso di sequestro probatorio (art. 257, 355 c.p.p.), conservativo (art. 318 c.p.p.) e preventivo (sia in caso di riesame ex art. 322 c.p.p. sia in caso di appello al tribunale del riesame ex art. 322 *bis* c.p.p.).

QUALE ATTO SI PROPONE

Riesame (artt. 257 c.p.p. / 355 c.p.p. / 318 c.p.p. / 322 c.p.p. / 324 c.p.p.)

o Appello (art. 322 bis c.p.p.)

Dopo avere individuato l'Autorità a cui ci si rivolge è essenziale dare **un nome all'atto**; anche con il pericolo di apparire ripetitivi, è indispensabile indicarlo.
In caso di sequestri, solo in un caso la legge prevede l'appello al tribunale del riesame con il mezzo dell'appello (a proposito delle ordinanze in materia di sequestro preventivo ex art. 322 *bis* c.p.p.); negli altri casi si parla sempre di riesame (cfr. art. 257, 318, 322, 324, 355 c.p.p.). Proprio perché le ipotesi sono molteplici, è opportuno indicare l'articolo del codice di rito relativo all'impugnazione che si propone.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

Il sottoscritto avvocato, difensore di Tizio, come da nomina in atti .../come da nomina in calce ...

Tizio, assistito dall'avv. ... come da nomina in calce

Qualsiasi impugnazione è inammissibile se è proposta da «chi non è legittimato o non vi ha interesse» (art. 591, comma 1, lett. *a*, c.p.p.)
Salvo casi eccezionali (ad esempio in caso di richiesta di patteggiamento, per proporre la quale il difensore deve essere munito di procura speciale), «al difensore competono le facoltà ed i diritti che la legge riconosce all'imputato» (art. 99, comma 1, c.p.p.).
Di regola è il difensore che redige e sottoscrive l'atto ma nel caso del Tribunale del riesame non è infrequente che l'atto sia proposto direttamente dall'indagato ovvero: da «la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione» (art. 257, 322, 322 *bis*, 355 c.p.p.), da «chiunque vi abbia interesse» (art. 318 c.p.p.), o dall'«interessato » (art. 324 c.p.p.).
In sede di esame, se la traccia lo richiede, può essere opportuno redigere l'atto in prima persona, quale privato "interessato" con l'assistenza del difensore, come da nomina in calce, che autenticherete.
Quando si tratta di un atto presentato dal difensore dell'indagato/imputato di solito il difensore, nella realtà, è quello già nominato in atti. Nella simulazione dell'atto in sede di esame, tuttavia, spesso il difensore è nominato per quel determinato atto: si allegherà pertanto atto di nomina. Si ricordi che nel rito penale non vi sono particolari formalità: la nomina del difensore di fiducia dell'indagato, ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.p. «è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente, ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata».
Da analoghe libertà di forme è caratterizzata la nomina del difensore del terzo, interessato o avente diritto alla restituzione della cosa in sequestro.

CHE COSA SI IMPUGNA

Propone riesame/appello avverso

L'IDENTIFICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO E DELLE PARTI DEL PROVVEDIMENTO CHE SI IMPUGNA

il provvedimento con il quale l'autorità giudiziaria (il pubblico ministero di .../il giudice di ...) disponeva il sequestro (art. 253 c.p.p.) del corpo del reato e/o delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti ovvero di ...

il provvedimento con il quale il pubblico ministero convalidava il sequestro probatorio effettuato dalla Polizia giudiziaria (art. 355 c.p.p.) di ...

il provvedimento (decreto) con il quale il giudice disponeva il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) di ...

il provvedimento con il quale era rigettata la richiesta di revoca (ex art. 32, comma 3, c.p.p.) di sequestro preventivo

il provvedimento con il quale il giudice disponeva sequestro conservativo (art. 318 c.p.p.)

Nella realtà è relativamente facile identificare il provvedimento che si impugna o contro cui si propone opposizione anzitutto attraverso i numeri di ruolo (del Registro Generale delle notizia di reato, RGNR).
L'indicazione delle date in cui il provvedimento è stato emesso e/o eseguito consente di verificare il rispetto del termine, che la legge prevede a pena di inammissibilità, di 10 giorni (a decorrere dalla esecuzione o dalla notificazione del provvedimento: cfr. art. 257, 324 e 355 c.p.p.) per la proposizione del riesame o dell'appello al Tribunale del riesame.
In sede di esame, in mancanza di tali indicazioni di carattere temporale (di solito non presenti nella traccia) deve essere indicata sempre l'autorità emittente (il Giudice o l'Autorità giudiziaria che ha emesso o il provvedimento cautelare). Ai sensi dell'art. 581, comma 1, c.p.p. anche tale indicazione è prevista a pena di inammissibilità.
L'art. 581, comma 1, lett. *a*), sempre a pena di **inammissibilità** prescrive che ogni impugnazione specifichi «i capi e i punti della decisione a cui si riferisce l'impugnazione». (Come è noto, il capo individua la singola imputazione, ovvero la singola "accusa" rivolta ad ogni singolo imputato: il punto costituisce una singola parte del capo, ovvero del reato: condotta, evento, nesso di causalità, elemento soggettivo, circostanze aggravanti ed attenuanti, profili sanzionatori).
Anche in caso di impugnazione di misure cautelari reali vige il principio dispositivo.
In caso di riesame si deve, più precisamente, individuare l'oggetto della censura: ovvero della misura che si impugna. Poiché le fattispecie sono numerose è opportuno indicare sempre anche la norma di riferimento: specificazione che consente anche al redattore dell'atto di verificare i presupposti della misura che si impugna.

LE RICHIESTE

Chiede l'annullamento del provvedimento impugnato per mancanza dei presupposti di legge e, conseguentemente, la restituzione del bene in sequestro

Anche le richieste devono essere contenute nell'atto di impugnazione a pena di inammissibilità (art. 581, comma 1, lett. *b*, c.p.p.).

Non sempre le richieste si collocano all'inizio dell'atto. Come nella realtà l'anticipazione delle richieste facilita la lettura all'organo cui l'atto è indirizzato, così, tuttavia, anche in sede di esame, specie per organizzare sin dall'inizio il proprio elaborato, può essere utile anticiparle (e se del caso ripeterle) alla fine.

I MOTIVI PER CUI SI IMPUGNA

Per i seguenti motivi

Indice

a. Svolgimento del processo o premessa

A pena di inammissibilità l'atto di impugnazione deve contenere «i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta» (art. 581, comma 1, lett. *c*, c.p.p.).

Entro tale cornice di riferimento, non esiste un'unica forma di atto di riesame o di appello.

Non sempre è neppure utile predisporre un Indice.

Come nella realtà un indice è efficace per rappresentare al giudice che dovrà leggere l'atto di impugnazione le proprie ragioni nel modo più semplice, specie se si tratta di atto articolato e con numerosi motivi, così in sede di esame l'indice, tuttavia, può costituire l'utile traccia lungo cui muoversi al fine di articolare logicamente e giuridicamente i diversi argomenti.

Talvolta può anche risultare opportuno premettere una sintesi delle risultanze che emergono dal provvedimento ablativo. Una simile "Premessa" può essere determinante per fare chiarezza nella problematica prospettata dalla traccia: nel caso del riesame per riassumere i dati a disposizione.

Il riesame (e l'appello) al tribunale del riesame sono diretti a contestare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per il provvedimento ablativo:

- per tutte le forme di sequestro il *fumus commissi delicti*;
- per il sequestro probatorio (art. 253, comma 2, c.p.p.) la natura del bene sequestrato di corpo del reato o di cosa pertinente al reato necessaria all'accertamento del reato;
- per il sequestro conservativo (art. 316 c.p.p.) la fondata ragione che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento delle somme dovute allo Stato o per la soddisfazione delle obbligazioni civili da reato;
- per il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) la natura del bene sequestrato quale cosa pertinente al reato, la cui disponibilità può aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero quale cosa di cui è consentita la confisca.

b. Questioni processuali che possono precludere la valutazione del merito

Anche in sede di riesame (o appello) è preliminare alla discussione in ordine alla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per un determinato provvedimento ablativo la verifica del rispetto delle norme processuali.

In particolare, qualora non siano osservati:

- i termini per la trasmissione al pubblico ministero del verbale di sequestro probatorio effettuato di propria iniziativa dalla polizia giudiziaria ovvero la mancata convalida del sequestro stesso, ad opera del pubblico ministero, negli stessi termini;

- i termini per la convalida, ad opera del giudice, del provvedimento di sequestro preventivo emesso in via d'urgenza dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria

il tribunale deve disporre la restituzione della cosa.

c. La ricostruzione dei fatti presupposti per la legittimità del provvedimento ablativo: le "invalidità processuali"

Anche in sede di riesame (o appello) deve verificarsi la legittima ricostruzione dei fattipresupposti del sequestro, nel rispetto delle norme processuali previste dal codice di rito a pena di nullità degli atti (cfr. art. 177 ss. c.p.p.) e inutilizzabilità della prova (art. 191 c.p.p.). Tra le prime, in particolare, è bene verificare sempre il rispetto del diritto di difesa (art. 178, comma 1, lett. *c*, c.p.p.).

d. La discussione in diritto sui presupposti che devono sussistere per il provvedimento ablativo

Ora è possibile discutere la legittima qualifica dei presupposti che dovrebbero legittimare il provvedimento ablativo.

In particolare, a seconda delle ipotesi per cui si procede, si deve argomentare in ordine alla sussistenza:

- del *fumus* di un fatto penalmente rilevante;
- del rapporto pertinenziale tra l'illecito e il bene oggetto di sequestro[3];
- delle finalità (probatorie, preventive o conservative) all'origine del sequestro.

L'ordine degli argomenti è quello indicato: se non sussiste neppure una ipotesi di fatto di reato, viene meno qualsiasi motivo che possa legittimare il rapporto pertinenziale tra bene e fatto; se non esiste il *fumus* né, appunto a maggior ragione, alcuna relazione tra il bene e il fatto, non vi è neppure motivo alcuno che possa giustificare il provvedimento coercitivo.

Nonostante, logicamente prima che giuridicamente, la dimostrazione dell'insussistenza del primo elemento, sia assorbente rispetto alla prova dell'infondatezza del secondo e del terzo, è bene tuttavia argomentare sempre in ordine a tutti i profili prospettati. Nel diritto processuale penale, a differenza di molte ipotesi proprie del diritto civile, è necessario e opportuno prospettare al giudicante tutte le diverse ipotesi, seppure logicamente trattate come richieste via via subordinate.

e. Conclusioni

Può essere opportuno ripetere la propria richiesta iniziale sintetizzando le diverse possibili motivazioni che giustificano, secondo l'ordine indicato, la restituzione del bene in sequestro.

[3] L'unica eccezione alla verifica di tale relazione di pertinenza è data con riguardo al corpo del reato, la cui apprensione coattiva, come è noto, è ritenuto pacificamente dalla giurisprudenza, atto coercitivo comunque dovuto.

Eventuale nomina

Luogo e data

Firma

2.6 L'incidente di esecuzione

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

A ...

L'atto di parte si indirizza per definizione ad una autorità; senza tale identificazione l'atto è inesistente.
In caso di incidente di esecuzione (art. 666 c.p.p.) ci si rivolge al Giudice dell'esecuzione ovvero il Giudice individuato ai sensi dell'art. 665 c.p.p.[4]

QUALE ATTO SI PROPONE

Incidente di esecuzione

Dopo avere individuato l'autorità a cui ci si rivolge è essenziale dare un **nome all'atto**; anche con il pericolo di apparire ripetitivi, è indispensabile specificare l'atto.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

Il sottoscritto avvocato, difensore di Tizio, come da nomina in atti .../come da nomina in calce ...

Il sottoscritto Verdi Sempronio, assistito dall'avv. ..., come da nomina in calce ...

Salvo casi eccezionali (ad esempio in caso di richiesta di patteggiamento, per proporre la quale il difensore deve essere munito di procura speciale), «al difensore competono le facoltà ed i diritti che la legge riconosce all'imputato» (art. 99, comma 1, c.p.p.). Di regola è il difensore che redige e sottoscrive l'atto.

[4] Ai sensi di tale disposizione «1. Salvo diversa disposizione di legge, competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato.2. Quando è stato proposto appello, se il provvedimento è stato confermato o riformato soltanto in relazione alla pena, alle misure di sicurezza o alle disposizioni civili, è competente il giudice di primo grado; altrimenti è competente il giudice di appello.3. Quando vi è stato ricorso per cassazione e questo è stato dichiarato inammissibile o rigettato ovvero quando la corte ha annullato senza rinvio il provvedimento impugnato, è competente il giudice di primo grado, se il ricorso fu proposto contro provvedimento inappellabile ovvero a norma dell'articolo 569, e il giudice indicato nel comma 2 negli altri casi. Quando è stato pronunciato l'annullamento con rinvio, è competente il giudice di rinvio.4. Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi da giudici diversi, è competente il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo. Tuttavia, se i provvedimenti sono stati emessi da giudici ordinari e giudici speciali, è competente in ogni caso il giudice ordinario.4-bis. Se l'esecuzione concerne più provvedimenti emessi dal tribunale in composizione monocratica e collegiale, l'esecuzione è attribuita in ogni caso al collegio».

Quando si tratta di un atto presentato dal difensore del condannato (cfr. art. 655, comma 5, c.p.p.) di solito il difensore, nella realtà, è quello già nominato in atti.
Nella simulazione dell'atto in sede esame, tuttavia, spesso il difensore è nominato per quel determinato atto: si allegherà pertanto atto di nomina.
Si ricordi che in penale non vi sono particolari formalità: il difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.p. «è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente, ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata».

IN RELAZIONE A QUALE DECISIONE SI PROPONE LA RICHIESTA

Propone Incidente di esecuzione

verso

L'IDENTIFICAZIONE FORMALE DEL PROVVEDIMENTO

il provvedimento emesso il ... notificato o venuto a conoscenza del ...

Nella realtà è relativamente facile identificare il provvedimento che si impugna o contro cui si propone opposizione anzitutto attraverso i numeri di ruolo (del Registro Generale delle notizia di reato, RGNR).
In sede di esame, in mancanza di tali indicazioni deve essere specificata sempre l'autorità emittente, anche per verificare, là ove i dati esposti nella traccia lo consentano, la correttezza dell'individuazione del giudice competente a conoscere dell'incidente.
Per quanto riguarda l'oggetto del provvedimento che si impugna, poiché la competenza del giudice dell'esecuzione spazia dall'accertamento formale dell'esistenza o invalidità originaria del titolo sino alle cause di annullamento sopravvenute le decisioni in tema di esecuzione possono essere le più varie.
In sede di esecuzione, tra l'altro: si scioglie il dubbio sulla identità fisica della persona detenuta; si assicura il principio del *ne bis in idem* in caso di pluralità di sentenze e di decreti penali per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona; si discute dell'efficacia del titolo e dell'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato; si provvede all'applicazione dell'amnistia e dell'indulto o alla revoca della sentenza per abolizione del reato; si dibatte di estinzione del reato e della pena, di confisca e di restituzione delle cose sequestrate.
Si ricordi, infine, la necessaria specificità che deve caratterizzare l'atto introduttivo dell'incidente di esecuzione, assimilato dalla giurisprudenza ad una domanda giudiziale in senso proprio, «nelle sue essenziali componenti di *petitum* e *causa pretendi*»[5].

[5] In al senso cfr. esplicitamente Cass., Sez. VI pen., 3 dicembre 1993, in Cass. pen. 1995, 2205 secondo la quale «posto che il giudice dell'esecuzione penale è l'organo che la legge designa come competente a risolvere episodi controvertibili che possono insorgere, in via preventiva o successiva all'esecuzione, relativamente alla sussistenza, all'entità, alla modifica ed all'efficacia del titolo esecutivo, ne consegue che la richiesta di intervento che p.m., interessato e difensore ad esso rivolgono, in quanto diretta ad ottenere una decisione, deve avere ad oggetto immediato una siffatta questione e deve presentare i caratteri propri della domanda giudiziale, nelle sue essenziali componenti di petitum e causa petendi. (Fattispecie nella quale il p.m. aveva richiesto al giudice dell'esecuzione, in relazione ad una sentenza di condanna con beneficio della sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento di particolari obblighi, di accertare l'avvenuto assolvimento di questi ultimi sollecitando per il caso di accertato inadempimento la revoca del beneficio: affermando il principio di cui sopra la Cassazione ha ritenuto irrituale tale domanda in quanto generica ed eventuale e pertanto ha respinto il ricorso del p.m. avverso il procedimento del giudice dell'esecuzione che l'aveva dichiarata inammissibile).»

LE RICHIESTE

Chiede che il provvedimento sia annullato per mancanza dei presupposti di legge

Non sempre le richieste si collocano all'inizio dell'atto. Come nella realtà l'anticipazione delle richieste facilita la lettura all'organo cui l'atto è indirizzato, così, tuttavia, anche in sede di esame, specie per organizzare sin dall'inizio il proprio elaborato, può essere utile anticiparle (e comunque ripeterle) alla fine.
Nel caso degli incidenti di esecuzione si tratta di discutere la sussistenza o meno dei presupposti necessari ad una determinata richiesta.

I MOTIVI PER CUI SI IMPUGNA

Per i seguenti motivi

Indice

a. Premessa
Come nella realtà un "sommario" è efficace per rappresentare al giudice che dovrà leggere l'atto le proprie ragioni nel modo più semplice, così in sede di esame, anche in un atto che può essere relativamente facile quale una richiesta di incidente di esecuzione, è più che opportuna una Premessa ove sintetizzare gli argomenti da sviluppare: o meglio ancora ove delineare la corretta individuazione della problematica che si andrà a trattare.

b. Motivi
Le singole specificità della richiesta come si è osservato, possono essere le più varie. A tal proposito potrebbe anche essere opportuno, in punto "stile", seguire, là ove l'atto è relativamente semplice e sintetico, la struttura del "premesso che": essenziale è la predisposizione di un ben preciso ordine logico e giuridico che parta dal fatto che si deve valutare e/o contestare soffermandosi sulla normativa applicabile sino a giungere alla completa dimostrazione della fondatezza della propria richiesta.
In fine è sempre opportuno riproporre le richieste.

c. Conclusioni

Eventuale nomina

Luogo e data

Firma

2.7 La querela

A CHI INDIRIZZARE L'ATTO

La querela, una sorta di denuncia qualificata che accompagna alla descrizione del fatto che si assume illecito una espressa volontà della persona offesa che si proceda contro il responsabile, può anche essere presentata direttamente alla più vicina Stazione dei Carabinieri o al Commissariato.
La persona offesa descriverà le circostanze del reato di cui è stata vittima e , di regola, è l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria che riceve l'atto a invitarla a precisare in fine che intende che il responsabile sia perseguito.
Nei casi più complessi, non necessariamente di maggiore difficoltà probatoria, ma particolarmente sensibili per le tematiche coinvolte (si pensi ad ipotesi di colpa professionale o medica, a truffe con una pluralità di persone offese o anche solo a tragici incidenti stradali) non è raro che la persona si rivolga ad un legale.
In tali casi il professionista, dopo aver verificato almeno sommariamente la fondatezza delle circostanze poste alla sua attenzione, (nei casi più complessi non si può nemmeno escludere il ricorso a indagini difensive preventive ai sensi dell'art. 391 *nonies* c.p.p.), dovrà anzitutto qualificarle giuridicamente al fine di appurare se si tratti di ipotesi penalmente rilevanti.
In caso di risposta affermativa, individuato l'ufficio della procura presso il giudice che sarebbe competente per territorio intesterà l'atto a quella Procura. La presentazione della querela ad un ufficio diverso non determina alcun vizio, se non il tempo necessario alla trasmissione dell'atto alla procura presso l'organo giurisdizionale competente.

DA CHI PROVIENE L'ATTO

L'atto sarà a quel punto sottoscritto dal querelante che il legale provvederà a identificare compiutamente, autenticandone la firma e lasciandosi rilasciare dedica per il deposito.

QUALE ATTO SI PROPONE E **I MOTIVI**

La querela è essenzialmente un racconto: il racconto di una sofferenza che chiede giustizia.
È forse uno degli atti più difficili da scrivere.
Stilisticamente si può scegliere di scrivere in prima persona, con gli occhi della vittima, o in terza persona, prendendo maggiormente le distanze da vicende che in questa prima fase talvolta è opportuno siano rappresentate con un certo distacco.
Anche successivamente alla stesura definitiva che, la ove il legale non abbia esperito proprie indagini, è necessario indichi anche i nominativi delle persone informate sui fatti che si denunciano, il legale inserirà nell'atto anche un capo di imputazione.
La funzione dell'atto, diretto a convincere il rappresentante dell'accusa a disporre immediatamente tutte le indagini necessarie, rende quanto mai opportuna una descrizione del fatto con gli articoli di legge che si assumono violati e la data del fatto. Tale rappresentazione sarà tanto più efficace quanto più si avvicinerà alla forma tradizionalmente utilizzata dal pubblico ministero per la formulazione dell'imputazione.

LE RICHIESTE

Oltre alla espressa volontà che "sia perseguito il responsabile" l'atto conterrà altresì la richie-

sta di essere avvisati in caso di proroghe e archiviazione (artt. 406, comma 3, e 408, comma 2, c.p.p.), l'eventuale manifestazione di volontà a che non si proceda a definire il procedimento con decreto penale di condanna (459, comma 1, c.p.p.), nonché, se del caso, l'indicazione di persone informate e i documenti che si intende depositare.

Il domicilio della persona offesa è per legge presso il difensore nominato (art. 33 disp. att. c.p.p.).
Ai sensi dell'art. 368 c.p.p. la persona offesa può anche chiedere il sequestro probatorio di beni.

Conclusioni

Eventuale nomina; delega per il deposito

Luogo e data

Firma

ATTI E PARERI

1. Pedopornografia

(di Stefano Marcolini)

Traccia per la redazione del parere

Il giorno 20 maggio 2011 la Guardia di Finanza esegue, su delega dell'Autorità giudiziaria, una perquisizione domiciliare presso l'abitazione di proprietà di Tizia, all'esito della quale viene sequestrato un computer*, sempre di proprietà di Tizia, sul cui* hard disk *viene rinvenuta, in presenza di Tizia, che se ne dichiara proprietaria e che lo accende agli operanti che ne fanno richiesta, una cartella, creata nel febbraio 2011, contenente 28 immagini a carattere pedopornografico.*

Tizia si reca da un legale per comprendere quali possono le accuse elevabili nei suoi confronti, protestandosi totalmente estranea ai fatti. In particolare, Tizia afferma di essere totalmente digiuna di ogni conoscenza informatica, tanto da aver comprato il computer nel settembre 2010 e da aver iniziato, nel novembre 2010, un corso di informatica di base presso una pubblica istituzione. Tizia afferma di poter esibire tanto la ricevuta d'acquisto del computer*, quanto la scheda d'iscrizione al corso.*

Tizia aggiunge, infine, di aver interrotto una relazione sentimentale con Caio, che conviveva stabilmente con lei da circa sei mesi, sul finire del marzo 2011 e di poter fornire prova testimoniale sul punto (tre sue amiche, parimenti al corrente delle sue scarse capacità informatiche).

Assunte le vesti del legale di Tizia, si esponga motivato parere sulla sua posizione e si prospetti una sua difesa, che valorizzi le circostanze di fatto da lei esposte.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione di un qualsiasi parere esige una preventiva e preliminare attività di analisi, da parte del candidato, volta alla individuazione dei punti problematici e delle argomentazioni da sviluppare, a partire dai "suggerimenti", in diritto ed in fatto, offerti dalla traccia. Nel caso di specie, occorre fornire a Tizia, in due momenti successivi ma, all'evidenza, logicamente connessi, informazioni circa la possibile rilevanza penale della sua condotta (sono configurabili ipotesi di reato a suo carico? quali?) ed informazioni circa le possibili argomentazioni a fronte dell'accusa elevabile (quale difesa?).

Non si richiede – e questa è una prescrizione valida sempre – di elaborare una difesa sulla base di circostanze fantasiose od inventate: inserire, di propria iniziativa, elementi fattuali non contenuti nella traccia potrebbe essere una condotta valutabile in senso decisamente negativo in una eventuale sede concorsuale. Quel che occorre fare, viceversa, è valorizzare (e basarsi

unicamente su) elementi noti, in quanto ricavabili direttamente dalla traccia. A tale proposito, gli spunti fattuali non mancano di certo: la circostanza che le immagini fossero conservate in una cartella apposita; la scarsa capacità informatica di Tizia, dimostrabile attraverso elementi documentali; la sua coabitazione, all'epoca dei fatti, con un'altra persona, ricavabile da contributi testimoniali. iventa percorribile, pertanto, la prospettazione di una ricostruzione alternativa a quella accusatoria: e cioè che ad aver salvato le immagini sul *computer* – e, pertanto, ad essersi reso responsabile del reato – sia qualcun altro.
Le riflessioni sin qui svolte, su quali circostanze fattuali considerare e su come valorizzarle in una prospettiva difensiva, consentono ora di tornare a quello che, in realtà, deve essere il primo e preliminare oggetto di ogni riflessione, e cioè l'individuazione delle norme penali che potrebbero essere suscettibili di applicazione alla fattispecie.
L'ambito di riflessioni deve essere, all'evidenza, quello delle fattispecie introdotte dalla legge 3 agosto 1998, n. 269, recante «*norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*».
In particolare, devono essere esaminati gli artt. 600-*bis* ss. c.p., appunto introdotti dalla ricordata legge del 1998, ma la cui vigente formulazione risente anche di ulteriori interventi correttivi successivi.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 600-*ter* c.p. Pornografia minorile.
Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 25.822 a euro 258.228.
Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.
Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 2.582 euro a 51.645 euro.
Chiunque al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164.
Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità.

Art. 600-*quater* c.p. Detenzione di materiale pornografico.
Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-*ter*, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a euro 1.549.
La pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità.

Art. 600-*sexies* c.p. Circostanze aggravanti ed attenuanti.
Nei casi previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo comma, e 600-*quinquies*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso in danno di minore degli anni quattordici.

Nei casi previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, e 600-*ter*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, se il fatto è commesso in danno di minore, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni ovvero se è commesso in danno di minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata.
Nei casi previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, e 600-*ter* la pena è aumentata se il fatto è commesso con violenza o minaccia.
Nei casi previsti dagli articoli 600-*bis* e 600-*ter*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è ridotta da un terzo alla metà per chi si adopera concretamente in modo che il minore degli anni diciotto riacquisti la propria autonomia e libertà.
Nei casi previsti dagli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 600-*sexies*, 600-*septies*, 600-*octies*, 601, 602 e 416, sesto comma, le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura di uno o più autori dei reati ovvero per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.
Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui al primo e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

Art. 600-*septies* c.p. Confisca e pene accessorie.
Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i delitti previsti dalla presente sezione è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni ed al risarcimento dei danni, la confisca di cui all'articolo 240 e, quando non è possibile la confisca di beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto. In ogni caso è disposta la chiusura degli esercizi la cui attività risulta finalizzata ai delitti previsti dalla presente sezione, nonché la revoca della licenza d'esercizio o della concessione o dell'autorizzazione per le emittenti radiotelevisive.
La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti di cui al primo comma comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

La redazione del parere inizia con una breve premessa in grado di condurre il lettore ad individuare gli aspetti fondamentali del problema. Tale premessa consiste in un riassunto della vicenda che, lungi dal rappresentare una mera e pigra parafrasi della traccia, dovrebbe sin da subito consentire una personale rielaborazione ed una messa in luce degli elementi che si intendono valorizzare.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Nel caso di specie, a fronte della "fredda" descrizione relativa al *quomodo* della scoperta delle immagini – presentazione della Guardia di Finanza presso l'abitazione di Tizia, perquisizione locale, rinvenimento di un computer, sua accensione da parte di Tizia, ricerca e rinvenimento delle immagini da parte degli operanti – è bene sin da subito evidenziare che Tizia "riferisce"

di poter fornire (e non che Tizia fornirà certamente) prova documentale volta ad accreditare la scarsità delle sue conoscenze informatiche e prova testimoniale della relazione sentimentale con Caio, in atto al tempo dei fatti e successivamente interrotta.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Dopo tale premessa, si apre la fase in diritto, con l'individuazione delle norme che vengono in considerazione nel caso di specie. Trattandosi di un parere di diritto penale, ovviamente tale fase coincide con la ricerca della fattispecie incriminatrice che potrebbe applicarsi al caso (norma di parte speciale), oltre che di eventuali norme di parte generale che parimenti siano rilevanti per la risoluzione (concorso, tentativo, causalità, circostanze, etc.). Nel concreto, la materia della pornografia minorile appare disciplinata agli artt. 600-*ter* ss. c.p., come originariamente introdotti dalla legge n. 269 del 1998 e successivamente modificati (nel 2003, nel 2006 e nel 2009). Dall'analisi del combinato normativo in discorso si evince che:

- la produzione, il commercio, la diffusione e la cessione, in ogni modo realizzate, di materiale pedopornografico costituiscono il grave delitto di cui all'art. 600-*ter* c.p.;
- il mero procurarsi od il detenere quel materiale integra, invece, il delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p., punito con pena più lieve;
- l'art. 600-*sexies* c.p. contiene una serie di possibili aggravanti ed attenuanti speciali;
- l'art. 600-*septies* c.p., infine, disciplina la confisca e la pena accessoria della interdizione perpetua da scuole, uffici, servizi in strutture pubbliche o private, frequentate da minori, che conseguono alla condanna od anche al patteggiamento per i reati in discorso (del che la cliente, la cui occupazione non è specificata, dovrà essere senz'altro avvisata).

In assenza di elementi che consentano di ritenere diversamente, la condotta di Tizia, quale risultante dalla traccia, appare sussumibile nella "mera" detenzione, di cui all'art. 600-*quater* c.p.

Opzioni difensive a disposizione

Esaurito l'esame della normativa rilevante nel caso di specie, il parere deve ora passare all'esame ed alla prospettazione degli aspetti difensivi. Su quali argomenti potrebbe far leva Tizia per impostare una propria difesa? Scontata la sua iscrizione nel registro degli indagati per il reato sopra individuato, si tratterà, evidentemente, di prospettare al P.M. una possibile spiegazione fattuale alternativa, procedendo in due tempi.

In primo luogo, occorre rendere edotta l'accusa della scarsa dimestichezza di Tizia con gli strumenti informatici: il che può essere fatto mediante la produzione della ricevuta d'acquisto del *computer* oggetto del sequestro, nonché della scheda d'iscrizione al corso di informatica di base dalla stessa frequentato. Da non trascurare, in quest'ottica, anche la prospettazione, a Tizia, della possibilità di rendere interrogatorio a ulteriore conferma di quanto già risultante in via documentale: pur con ogni riserva, Tizia dovrebbe essere la classica indagata che non ha nulla da nascondere e non teme di rendere dichiarazioni.

In secondo luogo, con ogni cautela volta ad evitare anche solo l'astratta possibilità di commettere il reato di calunnia (art. 368 c.p.), e senza che ovviamente ciò costituisca in alcun modo inversione dell'onere della prova, che continua a gravare sulla pubblica accusa, occorre sugge-

rire a Tizia di portare all'attenzione degli organi delle indagini la circostanza che, all'epoca dei fatti, anche qualcun altro frequentava regolarmente l'abitazione di Tizia ed aveva la disponibilità del *computer*. Ciò, secondo quanto riferisce Tizia, può essere fatto mediante assunzione di informazioni da parte di alcune (tre) amiche, che tra l'altro possono anche confermare ulteriormente le scarse capacità informatiche di Tizia.
L'alternativa, che correttamente occorrerà esporre, per assumere tali dichiarazioni è tra l'indicare al P.M. i nominativi delle persone da sentire e il procedere direttamente all'audizione *ex* artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p., in sede di investigazioni difensive, con successivo deposito dei risultati delle investigazioni.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Giurisprudenza
Quanto alla giurisprudenza, gli arresti che si riportano riguardano i caratteri del delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p. ed il suo rapporto con l'art. 600-*ter* c.p.:

Cass. pen., sez. III, 11.11.2010, n. 43246, in *Guida dir.*, 2011, 6, 102
Il reato di detenzione di materiale pornografico previsto dall'art. 600-quater c.p. è norma di chiusura e residuale che, per non lasciare impunite alcune condotte di sfruttamento dei minori a fini di pratiche sessuali illegali, copre, come emerge dall'inciso "fuori delle ipotesi previste dall'art. 600-ter c.p.", tutte quelle condotte consistenti nel procurarsi o detenere materiale pornografico utilizzando minori (nella specie, la Corte ha ritenuto correttamente dimostrata la piena consapevolezza della detenzione in capo all'agente in ragione del fatto che era risultato accertato che questi aveva finanche offerto tale materiale in cambio di altro mediante messaggio lasciato nella bacheca di un sito di scambio di materiale pedopornografico);

Cass. pen., sez. III, 24.06.2010, n. 29721, in *C.E.D.*, rv. 248108
Il delitto di detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-quater c.p.) ha natura di reato permanente, la cui consumazione inizia nel momento in cui il reo si procura il materiale e cessa nel momento in cui quest'ultimo ne perde la disponibilità (in applicazione di tale principio, la Corte ha individuato il momento di cessazione della permanenza in quello in cui venne eseguito il sequestro del materiale);

Cass. pen., sez. III, 21.04.2010, n. 22043, in *C.E.D.*, rv. 247635
La condotta di chi detenga consapevolmente materiale pedopornografico, dopo esserselo procurato (art. 600-quater c.p.), configura un'ipotesi di reato commissivo permanente, la cui consumazione inizia con il procacciamento del materiale e si protrae per tutto il tempo in cui permane in capo all'agente la disponibilità del materiale (fattispecie nella quale la Corte, nel disattendere la richiesta del p.g. di parziale annullamento con rinvio per prescrizione, ha individuato il momento di cessazione della permanenza nell'esecuzione della perquisizione domiciliare all'esito della quale venne sequestrato il materiale che l'imputato, facente parte di comunità virtuali pedopornografiche operanti su *internet*, aveva scaricato in tempi diversi);

Cass. pen., sez. III, 09.12.2009, n. 8285, in *Cass. pen.*, 2011, 196
La detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-quater c.p. non riguarda il materiale prodotto dallo stesso soggetto agente, contemplando tale norma, di carattere residuale, tutte quelle condotte consistenti nel procurarsi o detenere materiale pornografico fuori delle ipotesi previste dall'art. 600-ter c.p. (in applicazione di tale principio la Corte ha escluso, in relazione all'art. 600-*ter* c.p., la configurabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2 c.p. con riguardo al fine di detenere il materiale in precedenza prodotto);

Cass. pen., sez. III, 16.10.2008, n. 3194, in *Cass. pen.*, 2010, 230
In tema di pornografia minorile, la condotta di divulgazione e diffusione nella rete internet di materiale pornografico presuppone la consapevole detenzione del materiale stesso (fattispecie nella quale è stata ritenuta involontaria la divulgazione e diffusione via *internet* di *files* pedopornografici compiute automaticamente dal programma di condivisione dati installato sul computer dell'indagato, in quanto tali *files* erano stati rinvenuti nella memoria *cache* e non all'interno di una cartella);

Cass. pen., sez. III, 09.06.2006, n. 24054, in *Riv. pen.*, 2007, 3, 272
*In relazione al delitto di divulgazione di materiale pedopornografico, la confisca dello stesso e degli apparecchi di qualunque tipo ad esso riferibili ha natura obbligatoria e va disposto anche nel caso di sentenza di patteggiamento o di proscioglimento per estinzione del reato, in quanto deve essere applicata non già la disciplina generale in tema di confisca prevista dall'art. 240 c.p. ma le specifiche disposizioni di cui agli artt. 600-*ter *e 600-*septies *c.p.;*

Corte app. Torino, sez. III, 05.05.2009, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 38, 52
Il riferimento al carattere necessariamente economico della condotta di sfruttamento, richiesta dal testo previgente della norma di cui all'art. 600-quater c.p. appare, in primo luogo, riduttivo in vista dell'ambito rigoroso di tutela predisposto dalla normativa in argomento e, più in particolare, rispetto all'intenzione del legislatore di ampliare in modo molto consistente l'area dell'incriminazione sino a ricomprendervi anche i fatti di mera fruizione. Sotto questo profilo, la modifica intervenuta nel 2006 con la sostituzione del concetto di sfruttamento con quello di utilizzazione sembra rappresentare semplicemente il tentativo di rendere più esplicito e comprensibile l'oggetto materiale della condotta.

Dottrina

Si vedano, rispettivamente, *Art. 600-*ter e *Art. 600-*quater in AA.VV., *Codice penale commentato*, Tomo III, a cura di Dolcini e Marinucci, Ipsoa, Milano, 2011.

Conclusioni

Nel caso in cui l'attività probatoria difensiva si esplichi fruttuosamente, nei termini indicati da Tizia, si potrà rappresentarle che, essendo il processo penale disciplinato dal canone decisorio della colpevolezza da provarsi "oltre ogni ragionevole dubbio" (art. 533, comma 1 c.p.p.), ed essendo il P.M. tenuto ad esercitare l'azione solo in presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.), si potrà fondatamente insistere per una richiesta di archiviazione del procedimento.

Svolgimento del parere per esteso

Tizia riferisce di aver subito, in data 20 maggio 2011, una perquisizione presso la propria abitazione ad opera della Guardia di Finanza. Nel corso di essa, gli operanti rinvenivano su un computer di proprietà della medesima, dalla stessa acceso su richiesta, una cartella contenente delle immagini a carattere pedopornografico.
Tizia prosegue il proprio racconto affermando di non sapere nulla di quelle immagini.
Da un lato, infatti, le sue conoscenze informatiche sono assai basse e si limitano alla frequenza di un corso di informatica di base iniziato nel novembre 2010, proprio per imparare ad usare il computer, da lei acquistato nel settembre dello stesso anno.
Dall'altro, la creazione della cartella contenente le immagini risale al febbraio 2011, periodo in

cui Caio, con cui intratteneva una relazione sentimentale (poi chiusasi nel marzo 2011), ancora conviveva con lei nell'abitazione.
Quanto alla frequenza del corso di informatica ed all'acquisto del computer, Tizia afferma di disporre della relativa scheda di iscrizione e della ricevuta d'acquisto.
Quanto alla presenza di Caio in abitazione, Tizia afferma di poter portare a sostegno la testimonianza di tre sue amiche.
Il caso prospettato induce ad interrogarsi, in prima battuta, sulla fattispecie penale configurabile a carico di Tizia.
Dopo aver riformato la materia dei reati contro la libertà sessuale con la legge n. 66 del 1996, che ha introdotto gli artt. 609-bis ss. c.p., è del 1998 il primo, organico intervento del legislatore in materia di contrasto alla pedopornografia. Con la legge 3 agosto 1998, n. 269, recante appunto «Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù», il legislatore ha coniato una serie di nuove fattispecie penali, volte a reprimere, tra l'altro, fenomeni di grave ed anzi crescente allarme sociale, come la prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.) ed il turismo sessuale (art. 600-quinquies c.p.).
Per quanto invece qui direttamente interessa, la produzione e la diffusione di materiale pedopornografico trova la propria norma incriminatrice nell'art. 600-ter c.p., che punisce, con modulata gravità, a titolo di delitto, una serie di condotte (produzione e commercio: commi 1 e 2; distribuzione ma non per fini commerciali: comma 3; singola cessione, anche a titolo gratuito: comma 4; aggravante dell'ingente quantità: comma 5).
Al di fuori di tale ipotesi, la mera detenzione di materiale (più precisamente, le azioni di procurarsi o di detenere quel materiale), il cui pur presente disvalore sociale ne suggerisce comunque l'incriminazione, trova collocazione nell'art. 600-quater c.p., autonoma figura delittuosa punita con la reclusione sino a tre anni e la multa non inferiore ad euro 1.549. Vale la pena di ricordare che, non prevedendo la norma speciale un tetto massimo alla pena pecuniaria, risulta applicabile l'art. 24 c.p., che lo fissa in euro 50.000.
La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'art. 600-quater c.p. si pone in rapporto di residualità rispetto all'art. 600-ter c.p.: «il reato di detenzione di materiale pornografico previsto dall'art. 600-quater c.p. è norma di chiusura e residuale che, per non lasciare impunite alcune condotte di sfruttamento dei minori a fini di pratiche sessuali illegali, copre, come emerge dall'inciso fuori delle ipotesi previste dall'art. 600-ter c.p., tutte quelle condotte consistenti nel procurarsi o detenere materiale pornografico utilizzando minori» (Cass. pen., sez. III, 11-11-2010, n. 43246, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 6, 102).
Le caratteristiche della condotta – di detenzione – lo rendono, tra l'altro, reato permanente: «il delitto di detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-quater c.p.) ha natura di reato permanente, la cui consumazione inizia nel momento in cui il reo si procura il materiale e cessa nel momento in cui quest'ultimo ne perde la disponibilità» (in applicazione di tale principio, la Corte ha individuato il momento di cessazione della permanenza in quello in cui venne eseguito il sequestro del materiale: Cass. pen., sez. III, 24-06-2010, n. 29721, in *C.E.D.,* rv. 248108), con quel che ne deriva in quanto a decorrenza del termine prescrizionale (cfr. anche Cass. pen., sez. III, 21-04-2010, n. 22043, in *C.E.D.*, rv. 247635).
Tale residualità fa sì che la contestazione *ex* art. 600-ter c.p. della fabbricazione di materiale pedopornografico assorba (ed impedisca, pertanto, la contemporanea contestazione di) quella

di detenzione del medesimo *ex* art. 600-quater c.p. (Cass. pen., sez. III, 09-12-2009, n. *8285, in Cass. pen., 2011, 196).*
Da ultimo, non prevedendolo la norma, non è necessario che la detenzione penalmente rilevante per l'art. 600-quater c.p. abbia carattere o finalità economici (Corte app. Torino, sez. III, 05-05-2009, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 38, 52).
Oltre che per le modifiche al codice penale, la legge n. 269 del 1998 si segnala anche per la possibilità, disciplinata all'art. 14 della medesima legge, di porre in essere "attività di contrasto", vale a dire acquisti simulati di materiale, utilizzo di indicazioni di copertura, anche per attivare o partecipare a siti web in cui si scambi materiale.
Gli interventi legislativi successivi al 1998 hanno confermato l'impianto della legge ed anzi ne hanno perfezionato e talora inasprito la filosofia di fondo.
A tale proposito, si segnalano la legge n. 228 del 2003, recante misure contro la tratta di persone, la legge n. 38 del 2006, cui si deve l'introduzione della discussa fattispecie di pedopornografia virtuale (art. 600-quater1 c.p.) e degli artt. da 14-bis a 14-quinquies nella legge n. 269 del 1998, volti a fornire agli organi dell'investigazione strumenti sempre più raffinati per l'attività di contrasto alla pedopornografia on line, ed infine da una serie di interventi del 2009 (leggi n. 38, 94 e 99 del 2009), che hanno tra l'altro definitivamente sancito l'inasprimento del trattamento penitenziario per molti dei delitti in questione (cfr. art. 4-bis della legge n. 354 del 1975).
Ciò detto in generale, nel caso di specie sul computer di Tizia è unicamente stata scoperta una cartella contenente delle immagini a contenuto pedopornografico. Se il quadro investigativo non dovesse mutare *in peius* (a puro titolo d'esempio per l'emergere, dall'esame della posta elettronica, della prova della cessione a terzi di quelle od ulteriori immagini), a Tizia appare ascrivibile unicamente la condotta di cui all'art. 600-quater c.p.
Nel caso di condanna per uno qualsiasi dei reati di cui sopra, l'art. 600-septies, comma 1 c.p. rende obbligatoria la confisca di tutto quanto elencato all'art. 240 c.p. e, se ciò non è possibile, la confisca per equivalente del profitto del reato. Operativamente, questo significa che una condanna per il reato in questione (od anche per altro più grave) comporterà certamente – sempre a quadro probatorio e giuridico immutato – almeno la confisca del computer di Tizia, in quanto cosa impiegata per la commissione del reato (art. 240, comma 1 c.p.).
Va precisato che nemmeno un esito patteggiato scongiurerebbe la misura ablatoria, essendo assai chiaro l'*incipit* dell'art. 600-septies, comma 1 c.p. («nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale»).
Ed anzi, la stessa giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che anche una pronuncia formalmente assolutoria, ma per estinzione del reato, non fa venir meno l'obbligo di confisca: «in relazione al delitto di divulgazione di materiale pedopornografico, la confisca dello stesso e degli apparecchi di qualunque tipo ad esso riferibili ha natura obbligatoria e va disposto anche nel caso di sentenza di patteggiamento o di proscioglimento per estinzione del reato, in quanto deve essere applicata non già la disciplina generale in tema di confisca prevista dall'art. 240 c.p. ma le specifiche disposizioni di cui agli artt. 600-ter e 600-septies c.p.» (Cass. pen., sez. III, 09-06-2006, n. 24054, in *Riv. pen.*, 2007, 3, 272).
Da ultimo, sempre l'art. 600-septies, comma 2, c.p. comporta una conseguenza di particolare pregnanza di cui Tizia, la cui professione non consta, deve essere resa edotta: in caso di condanna (o di patteggiamento), ella riporterà «l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture

pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori». È evidente che un simile, pesante automatismo, conseguente alla pronuncia di qualsiasi sentenza diversa da quella non ampiamente liberatoria, deve essere attentamente considerato in relazione alle condizioni attuali ed alle prospettive future di lavoro.

Appare pertanto scontato che, in forza degli esiti della perquisizione cui è stata sottoposta la sua abitazione, nei confronti di Tizia si proceda ad indagini preliminari per il reato di cui all'art. 600-quater c.p.

Venendo, ora, alle possibili argomentazioni difensive, va chiarito che la detenzione di materiale, per essere punibile ai sensi dell'art. 600-quater c.p., deve pur sempre essere consapevole.

Non si intende qui evocare l'argomento difensivo della "detenzione inconsapevole", che si ha quando le immagini vengono inavvertitamente copiate nella cache del computer, a seguito di navigazione nel web, argomento cui talora la giurisprudenza ha annesso una qualche efficacia (cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. III, 16-10-2008, n. 3194, in *Cass. pen*., 2010, 230). Simile sforzo sarebbe qui perfettamente inutile in quanto le immagini si trovano in una cartella creata *ad hoc* da qualcuno e non, invece, nella cache del computer. Si vuole, piuttosto, valorizzare in chiave difensiva una serie di circostanze fattuali, esposte da Tizia e che porterebbero a ritenere che ella "non ha commesso il fatto".

In primo luogo, occorre far constare le scarse capacità informatiche di Tizia. Si tenga presente, a questo proposito, che le conoscenze informatiche, mentre forse non sono necessarie per la creazione di una cartella e l'inserimento di file al suo interno (operazione davvero elementare), sono invece indubbiamente necessarie, almeno ad un livello standard, per la ricerca e il reperimento sul web di materiale pedopornografico. A supporto della scarsa conoscenza informatica militano due prove documentali di cui Tizia riferisce di essere in possesso: la ricevuta d'acquisto del computer sequestrato e la scheda di iscrizione ad un corso di informatica di base. In sostanza, da tale documentazione si evincerebbe che il computer è stato acquistato nel settembre 2010 e che, proprio per imparare ad usarlo, Tizia si sarebbe iscritta ad un corso di informatica il successivo novembre. Si tratta di circostanze senza alcun dubbio utili, che possono essere portate, ancora in pendenza delle indagini preliminari, all'attenzione del P.M. mediante lo strumento della memoria *ex* art. 367 c.p.p. Tizia deve anche essere avvertita della sua facoltà di presentarsi spontaneamente, in ogni momento, innanzi al P.M. per rendere dichiarazioni (art. 374 c.p.p.): condotta che potrebbe senz'altro essere valutata positivamente, consentendo di corroborare quanto documentalmente depositato e di chiarire ulteriori circostanze che la pubblica accusa ritenesse utile conoscere (quanta parte del corso di base abbia frequentato; se quello era il primo computer in assoluto che usava etc.).

In secondo luogo, è indubbiamente vero che non spetta a Tizia, nell'esercizio del suo *munus* difensivo, trovare un colpevole al posto proprio, ma per onestà e completezza di difesa va detto che, nel febbraio 2011, data in cui la cartella ed il suo contenuto sono stati creati, l'abitazione di Tizia era regolarmente frequentata anche da altre persone, che avevano accesso al computer. Ci si riferisce, segnatamente, alla relazione sentimentale con Caio, interrotta nel marzo 2011. Prima di quella data, i due convivevano stabilmente e, in effetti, la cartella col materiale incriminato risulta creata proprio nel febbraio 2011. Né va trascurato – ben lungi, questa circostanza, dall'essere una prova, tantomeno decisiva ovviamente – che la criminalistica insegna che certi reati (e la pedopornografia è uno di questi) appartengono ad un profilo di devianza tipicamente maschile. La prova della relazione stabile tra i due e della sua successiva rottura appare affidata al ri-

cordo di tre amiche, che Tizia assicura siano disposte a rendere dichiarazioni (anche sulle sue scarse capacità informatiche, ove, *ad abundantiam*, ve ne fosse bisogno). A questo proposito, la modalità di assunzione delle loro dichiarazioni, già in indagini, può essere duplice.
La prima è ovviamente quella che passa attraverso la formale segnalazione dei tre nominativi alla pubblica accusa, affinché le persone vengano da questa sentite ex art. 362 c.p.p. Non va però sottaciuto che, per effetto della legge 7 dicembre 2000, n. 397, le investigazioni del difensore hanno finalmente trovato una più compiuta disciplina (laddove il precedente e scarno art. 38 disp. att. c.p.p. aveva dimostrato tutti i suoi limiti), per cui si può pensare ad una assunzione delle informazioni, anche immediata, da parte della difesa, con verbalizzazione integrale *ex* art. 391-ter, comma 3 c.p.p. (cfr. Cass. pen., sez. un., 27-06-2006, n. 32009, in *Cass. pen.*, 2006, 3985), e successiva produzione dei relativi verbali, più che presso la cancelleria del G.I.P., nel fascicolo del difensore, direttamente alla pubblica accusa.
Anche qui le dichiarazioni di Tizia, nel caso in cui si presenti spontaneamente o comunque renda interrogatorio, potranno fungere da ulteriore elemento di schiarimento su specifiche circostanze: se il computer fosse o meno protetto da password; se, in caso affermativo, Caio la conoscesse; se Caio usasse quel computer e con che frequenza, etc. Occorrerà usare ogni cautela, al fine evitare ogni possibile incolpazione per calunnia (art. 368 c.p.), di cui Tizia, nella delicata situazione in cui si trova, non ha certo bisogno. E poiché la notizia di reato rilevante ai fini del reato di calunnia può derivare anche da dichiarazioni della persona sottoposta ad indagini, anche se inutilizzabili per mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p. (questa la fattispecie di cui si è occupata Cass. pen., sez. V, 30-09-2010, n. 45016, in *C.E.D.*, rv. 249044), Tizia dovrà fare molta attenzione nel rendere dichiarazioni, evitando di attribuire responsabilità ancora incerte e limitandosi ad una elencazione di fatti e di circostanze obiettive.
Ove il combinato probatorio sopra descritto (prove documentali e prove dichiarative) venga positivamente assunto agli atti già nel corso delle indagini ed abbia effettivamente il contenuto sopra illustrato, l'effetto, ad avviso della scrivente difesa, non può che essere positivo per la posizione di Tizia. La condanna in dibattimento per un qualsiasi reato può essere emessa solo ove la responsabilità dell'imputato sia provata dall'accusa al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.), ma è evidente che tale canone decisorio è destinato a proiettare già in indagini i propri effetti, dal momento che il P.M. può esercitare l'azione solo ove ritenga di poter poi sostenere efficacemente l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.). E, nel caso in cui una persona appaia tecnicamente inidonea a porre in essere un determinato atto, ed offra la possibilità di una spiegazione alternativa dei fatti, pare ricorrere ben più che un ragionevole dubbio.
Realisticamente, peraltro, occorrerà misurare la reazione della pubblica accusa e la possibile direzione delle indagini nei confronti di Caio, le cui dichiarazioni e reazioni, evidentemente, non si possono prevedere ex ante. Per queste ragioni, si ritiene che Tizia debba comunque essere avvisata dell'esistenza dei riti alternativi, segnatamente della applicazione della pena su richiesta (c.d. patteggiamento, art. 444 c.p.p.) che, per un reato di medio-bassa gravità, come quello contestabile (art. 600-quater c.p.), e nel caso di incensuratezza, consentirebbe di pervenire ad una pena assolutamente mite ed anche in ipotesi condizionalmente sospesa (benché restino applicabili la confisca e la sanzione accessoria di cui all'art. 600-septies c.p., di cui s'è già parlato sopra).
In conclusione, a Tizia pare al momento addebitabile l'ipotesi di reato di cui all'art. 600-quater c.p. L'indagata può ed anzi deve, già nel corso delle indagini, portare a conoscenza degli or-

gani dell'investigazione una serie di circostanze relative alla propria scarsa conoscenza informatica ed alla presenza, nella propria abitazione al momento dei fatti, di un'altra persona. Al termine delle indagini, ove l'accusa non si risolva a chiedere l'archiviazione nei suoi confronti, Tizia dovrà, anche sulla base del materiale nel frattempo emerso, decidere se affrontare un dibattimento o se invece optare per un giudizio speciale, che potrebbe essere il patteggiamento.

Traccia per la redazione di atto di appello

(Segue da traccia precedente)
Nonostante gli sforzi probatori posti in essere nel corso delle indagini, Tizia viene rinviata a giudizio dal pubblico ministero e, non accedendo ad alcun rito alternativo, affronta il dibattimento, al cui esito viene condannata con sentenza in data 27 settembre 2011 dal Tribunale in composizione monocratica, per il reato di cui all'art. 600-quater*, comma 1, c.p.*
La sentenza motiva la condanna di Tizia sulla base della detenzione di materiale a contenuto pedopornografico rinvenuto e sequestrato in esito alla perquisizione domiciliare. Nel corso del dibattimento, dall'esame degli operanti di Polizia giudiziaria, si apprende che la perquisizione è stata disposta dall'Autorità giudiziaria dopo che si era accertato che, dall'utenza ADSL, intestata a Tizia, risultavano tre collegamenti, nel gennaio 2011, ad un sito web c.d. "civetta", creato ai sensi dell'art. 14, comma 2 della legge n. 269/1998, ma in assenza di qualsivoglia precedente notitia criminis*.*
La sentenza afferma, altresì, di non ritenere convincente la versione fornita dall'imputata che, sottopostasi ad esame, ha affermato di essere totalmente digiuna di ogni conoscenza informatica, tanto da aver comprato il computer a settembre 2010 ed aver iniziato, nel novembre 2010, un corso di informatica di base presso una pubblica istituzione, come da documentazione prodotta in atti (ricevuta d'acquisto del computer *e scheda d'iscrizione al corso), ed ha altresì affermato di aver interrotto una relazione sentimentale con Caio, che conviveva stabilmente con lei da circa sei mesi, proprio sul finire di marzo 2011. Pur avendo Tizia tempestivamente chiesto che tre sue amiche fossero esaminate come testimoni in ordine a tutte le circostanze sopra riferite, il Tribunale, con ordinanza* ex *art. 495 c.p.p. in data 20 luglio 2011, ha rigettato la richiesta, ritenendo le testimonianze manifestamente irrilevanti.*
In qualità di difensore di fiducia di Tizia, interponete appello.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Rispetto al parere, il cui scopo è informare il cliente, in una ottica *pro veritate*, di tutte le possibili conseguenze delle azioni da lui poste in essere, nonché delle possibili opzioni processuali a fronte di tali azioni, la redazione di un atto vede sovente lo scrivente "catapultato" in una fase già avanzata del processo, in cui una serie di scelte sono già state compiute ed una serie di attività processuali già svolte. Non è infrequente che l'atto che si viene chiesti di redigere sia un atto di impugnazione.
Esemplare il caso di specie, in cui si viene ad apprendere che Tizia ha deciso di affrontare

il attimento, invece che di patteggiare, ed è stata condannata per il reato ascrittole (art. 600-*quater* c.p.).
Il compito del difensore diviene, pertanto, quello di presentare impugnazione di merito per dimostrare l'ingiustizia della sentenza di primo grado e chiederne la radicale riforma. Rispetto al parere, dunque, l'atto rappresenta il frutto di una più intensa militanza difensiva.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Rispetto a quelli processuali civili, gli atti processuali penali hanno minori – ma non per questo trascurabili – formalità da osservare.
Nel caso delle impugnazioni, le formalità sono indicate all'art. 581 c.p.p., la cui osservanza è prevista a pena di inammissibilità dell'impugnazione dal successivo art. 591, comma 1, lett. c) c.p.p.
Alla luce del citato art. 581 c.p.p., la triade che non può mancare in ogni impugnazione, pertanto, è data dall'indicazione: dei capi e dei punti della sentenza che si impugna; delle richieste; dei motivi, di fatto e di diritto.
A tali elementi si aggiungono, altresì, nell'epigrafe dell'atto, l'individuazione del giudice dell'impugnazione competente, nonché, in chiusura, luogo, data e sottoscrizione.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Rispetto al parere svolto sopra, la traccia suggerisce alcune importanti novità, che il redattore deve tenere nella massima considerazione.
La prima, totalmente nuova, è la spiegazione del come si è giunti alla perquisizione domiciliare di Tizia: nello svolgimento di attività di contrasto, ai sensi dell'art. 14, comma 2 della legge n. 269 del 1998, la polizia ha creato un sito *web* c.d. "civetta" per attirare soggetti interessati allo scambio di materiale pedopornografico. Nel gennaio 2011 risultano dei collegamenti (tre) a tale sito dall'utenza ADSL intestata a Tizia. Da tale acquisizione investigativa ha preso le mosse il decreto di perquisizione dell'autorità giudiziaria, eseguito su delega dalla Guardia di Finanza, che ha consentito di reperire le immagini sul *computer* di Tizia.
La seconda riguarda lo svolgimento del dibattimento: si dice espressamente che la richiesta di assunzione della testimonianza delle tre amiche di Tizia, benché tempestivamente e ritualmente avanzata dalla difesa, è stata rigettata dal giudice monocratico, siccome "manifestamente irrilevante", con ordinanza in data 20 luglio 2011.
Infine, la traccia dà conto – sia pure in modo sommario – delle ragioni della condanna: alla luce del materiale probatorio acquisito (e, si potrebbe dire, alla luce di quello *non* acquisito!), il giudice ha ritenuto che proprio Tizia fosse la persona che ha scaricato e salvato su cartella le immagini incriminate.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Nell'individuare le fattispecie di rilievo, rispetto al parere fornito e risolto sopra, l'atto – od almeno *questo* atto – prevede un complesso intreccio tra piano processuale e piano sostanziale. I termini della questione sostanziale – attribuzione a Tizia della responsabilità per il reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. – dipendono infatti, in buona parte, da ragioni probatorie: aveva o non aveva le sufficienti capacità tecniche? Sul punto il giudice ha ritenuto apoditticamente

"non convincente" la sua versione. Vi era o non vi era un'altra persona, in quel periodo, in grado di commettere il reato? Sul punto il giudice ha ritenuto addirittura di non consentire a Tizia nemmeno l'esercizio del proprio diritto alla prova.
Ma vi è di più: l'ingresso e la perquisizione, nonché il successivo sequestro da parte degli operanti di p.g. possono dirsi legittimi, in quanto adottati sulla base di spunti investigativi tratti da attività di contrasto *ex* art. 14 della legge n. 269 del 1998?

Opzioni difensive a disposizione

Alla luce di quanto appena detto, le opzioni difensive, e lo stesso schema dell'atto, paiono per così dire necessitati. Occorre prima coltivare le richieste "in rito" e poi quelle di merito.
Due sono le richieste in rito da avanzare: una prima, diretta ad espungere dalla piattaforma probatoria le immagini pedopornografiche sequestrate; una seconda, diretta invece ad inserire in tale piattaforma le testimonianze di cui, in primo grado, è stata denegata l'assunzione.
Una volta stabilizzato in tal senso il materiale probatorio, diviene possibile avanzare le richieste di merito: in via alternativa o, più correttamente, subordinata, si chiederà l'assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputata non lo ha commesso.
È sempre possibile, più per scrupolo difensivo che per reale necessità, chiedere, in estremo subordine, la condanna al minimo della pena, con doppi benefici.

Schema dell'atto

Questo, pertanto, ed in sintesi, lo schema dell'atto che si suggerisce di redigere:

1. Premessa.
La premessa è l'utile sede per circoscrivere ed evidenziare, a beneficio del lettore, le questioni di fatto e di diritto che si ritengono rilevanti nella traccia e che si vogliono valorizzare nella stesura dell'atto (in questo caso dell'appello).
Nel caso di specie, occorre mettere in evidenza che la perquisizione ed il successivo sequestro trovano la propria origine nella creazione, da parte della polizia, di un sito *web* c.d. "civetta", nonché le circostanze di fatto della incapacità di Tizia di usare il *computer* e della presenza, presso la sua abitazione, sino al mese di marzo 2011, di Caio, *illo tempore* suo compagno.

2. Violazione dell'art. 14 legge n. 269/1998 e conseguente inutilizzabilità del materiale sequestrato.
La prima violazione che si suggerisce di far valere è quella dell'art. 14 della legge n. 269/1998, in connessione con quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene inutilizzabile il materiale probatorio che l'indagato si sia procurato su un sito web c.d. "civetta", creato dalla Polizia nello svolgimento di investigazioni di contrasto ma al di fuori dei casi previsti espressamente dalla normativa speciale.

3. Violazione degli artt. 187, 190 e 495, comma 2, c.p.p. (diritto alla prova dell'imputata). Conseguente richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.
Viene poi la seconda violazione processuale: la mancata assunzione, in primo grado, della testimonianza da parte di tre persone indicate a discarico da Tizia.
Conseguente a tale deduzione è la richiesta che la prova venga assunta in grado d'appello, prima di ogni decisione in merito alla responsabilità dell'imputata.

4. Violazione dell'art. 600-quater, comma 1 c.p.: infondatezza dell'ipotesi accusatoria ed ingiustizia della condanna di primo grado.

Con il presente motivo si dovrebbero tirare le fila, in punto alla responsabilità di Tizia, di quanto articolato ai precedenti motivi.

Ove venga accolto il motivo n. 2, infatti, verrà sostanzialmente meno ogni prova a suo carico e diverrà possibile chiedere la sua assoluzione per insussistenza del fatto.

Ove, invece, venga accolto il motivo n. 3, le prove assunte consentiranno di sostenere una spiegazione alternativa dei fatti, ovverosia quella secondo cui non è possibile che sia stata Tizia a collegarsi al sito *web* civetta, ma qualcun altro. Per Tizia sarà possibile chiedere allora l'assoluzione per non aver commesso il fatto.

5. Profili sanzionatori.

In estremo subordine, in previsione di una pur sempre possibile conferma della condanna, si deve far leva su eventuali profili di incensuratezza, occasionalità del comportamento o comunque meritevolezza di pena nella misura del minimo concedibile.

6. Conclusioni.

In sede conclusiva è sempre opportuno riproporre espressamente le richieste già esposte nell'epigrafe dell'atto.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito

Giurisprudenza

Si riporta ora la giurisprudenza sull'importante questione relativa alla natura dell'attività di contrasto *ex* art. 14 della legge n. 269 del 1998, nonché alla sua spendibilità processuale, laddove svolta fuori dai casi e dai modi previsti:

Cass. pen., sez. III, 24.11.2010, n. 45571, in *C.E.D.,* rv. 248767
*È utilizzabile, nel procedimento per il delitto di detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-*quater *c.p.), il sequestro probatorio operato dalla polizia giudiziaria di un* personal computer *contenente tale materiale, seppure effettuato a seguito di autorizzazione giudiziale alla perquisizione* ex *art. 14 l. n. 269 del 1998 in relazione al diverso reato di pornografia minorile, in quanto, ricadendo su una cosa pertinente al predetto reato, costituisce atto dovuto;*

Cass. pen., sez. III, 18.03.2009, n. 19887, in *C.E.D.,* rv. 243758
È utilizzabile, in relazione al delitto di detenzione di materiale pedopornografico, il sequestro probatorio del computer contenente detto materiale, pur effettuato a seguito di autorizzazione di perquisizione in relazione alla diversa fattispecie criminosa di pornografia minorile, trattandosi di atto dovuto espletato dalla p.g. nell'ambito dei propri poteri e riguardando bene comunque pertinente al reato di detenzione suddetto;

Cass. pen., sez. III, 17.01.2008, n. 8380, in *C.E.D.,* rv. 239407
L'attività di contrasto contro la pedopornografia è esercitabile dagli organi di polizia giudiziaria, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, solo per acquisire elementi di prova in ordine ai delitti espressamente indicati nell'art. 14 della legge 3 agosto 1998, n. 269, norma eccezionale insuscettibile di interpretazione analogica ovvero estensiva (fattispecie nella quale l'attività di polizia giudiziaria svolta da un agente provocatore riguardava il delitto di cessione gratuita di materiale pedopornografico, non rientrante nell'art. 14 della legge citata);

Cass. pen., sez. III, 28.01.2005, n. 13500, in *C.E.D.*, rv. 231605
*In tema di reati contro la libertà sessuale dei minori, l'attività di contrasto attraverso un agente provocatore non può essere espletata per accertare elementi di prova in ordine al reato di cui all'art. 600-*quater *c.p. (detenzione di materiale pedopornografico), sì che gli elementi di prova così acquisiti sono inutilizzabili e tale inutilizzabilità è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche durante la fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, l'eventuale sequestro probatorio del materiale pedopornografico è illegittimo in quanto non si può affermare la sussistenza del "*fumus delicti*" in base ad un risultato investigativo inutilizzabile*
(nel caso di specie, la polizia giudiziaria di propria iniziativa, e senza la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, aveva svolto attività di contrasto sottocopertura, stipulando un contratto di accesso ed iscrizione ad un sito pedopornografico, procurandosi in tal modo alcune immagini pedopornografiche commercializzate nella rete informatica);

Cass. pen., sez. III, 08.06.2004, n. 29496, in *C.E.D.,* rv. 229804
In relazione al delitto di detenzione di materiale pedopornografico, sebbene non sia ammissibile l'impiego dell'attività di contrasto a mezzo di agente provocatore disciplinata dall'art. 14 della l. n. 269 del 1998, è tuttavia legittimo e utilizzabile come prova il sequestro probatorio del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato, eventualmente rinvenuti a seguito di tale attività;

Cass. pen., sez. III, 25.05.2004, in *Dir. Internet,* 2005, fasc. 1, pag. 39:
Sono assolutamente inutilizzabili, ai sensi dell'art. 191 c.p.p. (quindi in ogni stato e grado del procedimento, compresa la fase delle indagini preliminari), gli elementi di prova a carico dell'indagato desumibili dal materiale informatico a contenuto pedopornografico, sottoposto a sequestro a seguito dello svolgimento di investigazioni di contrasto attuate con la creazione di siti web *c.d. "civetta", laddove si sia proceduto per il reato di mera detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater *c.p., per il quale l'art. 14 legge n. 269/1998 non legittima la polizia giudiziaria ad assumere quello specifico ruolo di "agente provocatore";*

Cass., sez. III, 05.05.2004, n. 37074, in *C.E.D.*, rv. 230027:
In tema di reati contro la libertà sessuale, non può essere svolta attività di contrasto attraverso l'agente provocatore per l'accertamento di elementi di prova in ordine al reato di detenzione di materiale pedopornografico e conseguentemente gli elementi di prova acquisiti sono inutilizzabili in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 191 c.p.p., ivi compresa la fase delle indagini preliminari (la Corte ha altresì affermato che la situazione non è mutata per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228, il quale fa salva al comma 2 la disciplina dettata dall'art. 14 della legge 3 agosto 1998, n. 269);

Cass. pen., sez. III, 29.04.2004, n. 24000, in *C.E.D.*, rv. 228693
*In tema di reati contro la libertà sessuale, l'attività di contrasto attraverso l'agente provocatore non può essere espletata per accertare elementi di prova in ordine al reato di cui all'art. 600-*quater *c.p. (detenzione di materiale pornografico), con la conseguenza che gli elementi di prova così acquisiti sono inutilizzabili in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 191 c.p.p.;*

Trib. Bari, 30.11.2004, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 9, pag. 67
In ordine alla disciplina di cui all'art. 14 legge 269/1998 nell'ambito della lotta contro la pedofilia, è inutilizzabile il materiale pornografico proveniente da attività di contrasto qualora questa sia stata evidentemente orientata ad acquisire elementi relativi a reati diversi da quelli per i quali la norma consente l'attività di copertura, presentandosi, in tal modo, come una investigazione ab origine *illegittima.*

Dottrina

– Aprile, «Limiti alla utilizzabilità processuale del sequestro di materiale informatico acquisito mediante siti web "civetta"» (nota a Cass., sez. III, 25 maggio 2004, G.), in *Dir. Internet*, 2005, 39;

– Ceccarelli, «Il materiale pedopornografico reperito dalla polizia tramite il mezzo della "condivisione" senza alcuna autorizzazione dell'autorità giudiziaria è utilizzabile», in *Diritto e Giustizia* on line, Quotidiano del 17 dicembre 2009;

– Dell'Orto, «Pedopornografia on line e indagini informatiche - Complessità e peculiarità tecnicogiuridiche della materia», in *Cass. pen*., 2007, fasc. 7-8, 3042;
– Russo L., «Le "operazioni sotto copertura" e le "attività di contrasto" in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori», in *Giur. merito*, 2008, fasc. 12, 3346;
– nonché, volendo, Marcolini, *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia 2006*, ETS Editore, 387 ss., segnatamente 413-415.

Svolgimento dell'atto per esteso

Alla Corte di Appello di <.....>

Appello

Il sottoscritto avvocato <.....> , difensore di Tizia, come da nomina già versata in atti propone

appello

avverso

– l'ordinanza del Tribunale in composizione monocratica di <.....> , emessa in data 20 luglio 2011, con cui non è stato ammesso l'esame dei testi richiesti dell'imputata e indicati nella lista ritualmente depositata;
– la sentenza del medesimo Tribunale, emessa in data 27 settembre 2011, con la quale l'imputata Tizia è stata condannata alla pena di <.....> per il reato di cui all'art. 600-*quater*, comma 1 c.p. (detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori).

Chiede che, previa declaratoria di inutilizzabilità di quanto illegittimamente sequestrato in data 20 maggio 2011, nonché previa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, l'imputata sia prosciolta perché il fatto non sussiste o, in subordine, perché l'imputata non lo ha commesso o, in estremo subordine, sia condannata al minimo della pena, con i doppi benefici di legge.
Per i seguenti motivi.

Indice - 1. Premessa - 2. Violazione dell'art. 14 della legge n. 269/1998 e conseguente inutilizzabilità del materiale sequestrato - 3. Violazione degli artt. 187, 190 e 495, comma 2 c.p.p. (diritto alla prova dell'imputata). Conseguente richiesta di rinnovazione della istruttoria dibattimentale - 4. Violazione dell'art. 600-*quater*, comma 1 c.p.: infondatezza dell'ipotesi accusatoria e conseguente ingiustizia della condanna di primo grado - 5. Profili sanzionatori - 6. Conclusioni.

1. Premessa.
1.1 Tizia è stata tratta a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 600-*quater*, comma 1, c.p., per aver asseritamente detenuto sul *computer* della propria abitazione una cartella contenente 28 immagini a carattere pedopornografico.
Il reato sarebbe stato accertato nel corso di una perquisizione domiciliare dell'abitazione di Tizia, delegata dall'Autorità giudiziaria e svolta dalla Guardia di Finanza in data 20 maggio 2011.
Nel corso del giudizio sono stati appunto acquisiti al fascicolo del dibattimento e, quindi, utilizzati come prova a carico il verbale di perquisizione e quello di sequestro del materiale, oltre che, ovviamente, il materiale stesso.

Durante l'esame degli operanti di Polizia giudiziaria che avevano effettuato le materiali operazioni di perquisizione e sequestro è peraltro emerso in modo inequivoco che l'Autorità giudiziaria aveva emesso il decreto di perquisizione domiciliare solo a seguito di segnalazione, da parte della Polizia postale, che dall'utenza domestica ADSL di Tizia risultavano tre collegamenti, nel gennaio 2011, ad un sito *web* c.d. "civetta", creato dalla Polizia stessa nello svolgimento dell'attività di contrasto di cui all'art. 14 della legge n. 269 del 1998.
In altre parole, la Polizia postale avrebbe "intercettato" tre collegamenti dall'ADSL di casa di Tizia al sito civetta ed avrebbe proceduto alla denuncia di Tizia; conseguentemente, l'Autorità giudiziaria, iscritta la notizia a suo carico, per violazione dell'art. 600-*quater*, comma 1 c.p., avrebbe emesso il decreto di perquisizione di cui sopra.
1.2. Sotto altro profilo, Tizia ha depositato tempestiva lista testimoniale *ex* art. 468 c.p.p., chiedendo l'esame di tre sue amiche in ordine a circostanze di fatto decisive per la sua difesa:

– la sua incapacità di usare il computer, tanto da averlo comprato solo nel settembre 2010 e da essersi iscritta ad un corso base di informatica nel novembre 2010;
– la presenza nell'abitazione di Tizia, durante circa un semestre (da ottobre 2010 a marzo 2011), di Caio, con cui Tizia in quel periodo aveva una relazione *more uxorio*, poi interrotta.

Il Giudice di primo grado, con l'impugnata ordinanza *ex* art. 495 c.p.p., non ha ammesso tali prove orali, mentre – non senza una evidente contraddittorietà – ha ammesso la ricevuta d'acquisto del *computer* e la scheda d'iscrizione al corso di informatica di cui sopra.
Nel corso del proprio esame, Tizia non ha potuto che ribadire quanto le testimoni avrebbero affermato se solo fossero state chiamate a deporre.
La sentenza qui impugnata ha da ultimo ritenuto la penale responsabilità di Tizia in ordine al fatto ascrittole, sulla base dell'esito della perquisizione e ritenendo priva di credibilità e riscontro la versione fornita dall'imputata nel corso del suo esame.
Ma tale sentenza è palesemente ingiusta ed illegittima e deve essere riformata *in toto* per le seguenti ragioni di diritto.

2. Violazione dell'art. 14 legge n. 269/1998 e conseguente inutilizzabilità del materiale sequestrato.

Premesse le pacifiche considerazioni in fatto di cui al precedente par. **1.1**, con il presente motivo si deduce, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità del materiale sequestrato all'imputata in data 20 maggio 2011 e la conseguente invalidità della sentenza impugnata, che afferma la sua penale responsabilità unicamente sulla base di quel materiale (né altro materiale sarebbe, invero, rinvenibile a suo carico).
È noto che l'art. 191 c.p.p. sanziona con l'inutilizzabilità, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, la violazione dei divieti probatori posti dalla legge.
È altrettanto noto che l'art. 14 della legge n. 269 del 1998 consente agli organi dell'investigazione di effettuare attività di contrasto e, segnatamente, di creare siti *web* "civetta" per raccogliere elementi di prova in ordine ad una serie di reati ivi elencati e dalla giurisprudenza ritenuti come tassativi. Tra questi figura, naturalmente, l'art. 600-*ter* c.p., ma non l'art. 600-*quater* c.p., con la conseguenza che l'attività di contrasto non è possibile per questo reato e, se fatta, genera attività probatoria inutilizzabile.
Questo è, almeno, l'approdo prevalente nella giurisprudenza:

– «*l'attività di contrasto contro la pedopornografia è esercitabile dagli organi di polizia giudiziaria, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, solo per acquisire elementi di prova in ordine ai delitti espressamente indicati nell'art. 14 della legge 3 agosto 1998, n. 269, norma eccezionale insuscettibile di interpretazione analogica ovvero estensiva*» (fattispecie nella quale l'attività di polizia giudiziaria svolta da un agente provocatore riguardava il delitto di cessione gratuita di materiale pedopornografico, non rientrante nell'art. 14 della legge citata: Cass. pen. sez. III, 17.1.2008, n. 8380, in *C.E.D.*, rv. 239407);
– «*in tema di reati contro la libertà sessuale dei minori, l'attività di contrasto attraverso un agente provocatore non può essere espletata per accertare elementi di prova in ordine al reato di cui all'art. 600*-quater *c.p. (detenzione di materiale pedopornografico), sì che gli elementi di prova così acquisiti sono inutilizzabili e tale inutilizzabilità è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche durante la fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, l'eventuale sequestro probatorio del materiale pedopornografico è illegittimo in quanto non si può affermare la sussistenza del "*fumus delicti*" in base ad un risultato investigativo inutilizzabile*» (nel caso di specie, la polizia giudiziaria di propria iniziativa, e senza la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, aveva svolto attività di contrasto sottocopertura, stipulando un contratto di accesso ed iscrizione ad un sito pedopornografico, procurandosi in tal modo alcune immagini pedopornografiche commercializzate nella rete informatica: Cass. pen., sez. III, 28.1.2005, n. 13500, in *C.E.D.*, rv. 231605);
– «*sono assolutamente inutilizzabili, ai sensi dell'art. 191 c.p.p. (quindi in ogni stato e grado del procedimento, compresa la fase delle indagini preliminari), gli elementi di prova a carico dell'indagato desumibili dal materiale informatico a contenuto pedopornografico, sottoposto a sequestro a seguito dello svolgimento di investigazioni di contrasto attuate con la creazione di siti web c.d. "civetta", laddove si sia proceduto per il reato di mera detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600*-quater *c.p., per il quale l'art. 14 legge n. 269/1998 non legittima la polizia giudiziaria ad assumere quello specifico ruolo di "agente provocatore"*» (Cass. pen., sez. III, 25.5.2004, in *Dir. Internet*, 2005, fasc. 1, pag. 39).

Nella giurisprudenza di merito, si veda lucidamente la seguente massima: «*in ordine alla disciplina di cui all'art. 14 legge 269/1998 nell'ambito della lotta contro la pedofilia, è inutilizzabile il materiale pornografico proveniente da attività di contrasto qualora questa sia stata evidentemente orientata ad acquisire elementi relativi a reati diversi da quelli per i quali la norma consente l'attività di copertura, presentandosi, in tal modo, come una investigazione* ab origine *illegittima*» (Trib. Bari, 30.11.2004, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 9, pag. 67).

Insomma, poiché l'attività di contrasto *ex* art. 14 della legge n. 269/1998 è misura investigativa eccezionale, circondata non a caso da notevoli cautele, essa non può esplicarsi al di fuori dei casi e dei modi previsti dalla legge; segnatamente, non può avere efficacia in riferimento alle figure di reato non espressamente elencate.

Ne discende che questa attività di contrasto, mentre è percorribile per l'ipotesi di reato di cui all'art. 660-*ter* c.p., non lo è per quella di cui all'art. 600-*quater* c.p.

Per correttezza, va osservato che nella più recente giurisprudenza sono ravvisabili anche opinioni di senso contrario, secondo cui una perquisizione, disposta *ex* art. 14 della legge n. 269/1998, per l'ipotizzato reato di pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.), genera un sequestro comunque utilizzabile ai fini della prova del reato di detenzione di materiale pedopornografi-

co (*art. 600-quater c.p.) «in quanto, ricadendo su una cosa pertinente al predetto reato, costituisce atto dovuto*» (così Cass. pen., sez. III, 24.11.2010, n. 45571, in *C.E.D.*, rv. 248767).
Si tratta, però, di statuizioni davvero mortificanti rispetto al dato letterale della norma interpretata, oltre che poco rispettose del diritto alla riservatezza del cittadino: pertanto si chiede di aderire al migliore e cospicuo indirizzo sopra rappresentato.
Alla luce di tale indirizzo, diviene agevole qualificare l'attività di indagine svolta nel caso di specie.
Dall'istruttoria dibattimentale e, segnatamente, dall'esame degli operanti di Polizia giudiziaria, è emerso che l'attività di contrasto di cui all'art. 14 della legge n. 269/1998 è stata posta in essere non al fine di acquisire elementi di prova in ordine ai reati tassativamente indicati in quella norma, per i quali fossero già emersi degli indizi, bensì al più per ricercare una notizia di reato nei confronti di Tizia unicamente per il reato di detenzione di materiale *ex* art. 600-*quater* c.p.
Trattasi di attività che, evidentemente, incorre nel divieto giurisprudenziale appena citato, con le inevitabili conseguenze: il materiale probatorio ottenuto con la perquisizione ed il sequestro in data 20 maggio 2011 è radicalmente inutilizzabile.
Si chiede dunque che codesta Ecc.ma Corte d'appello voglia espungere dal fascicolo per il dibattimento gli indicati verbali di perquisizione e sequestro, nonché quanto oggetto del sequestro stesso.

3. Violazione degli artt. 187, 190 e 495, comma 2 c.p.p. (diritto alla prova dell'imputata). Conseguente richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Richiamate le pacifiche risultanze di fatto di cui al precedente par. **1.2**, con il presente motivo si impugna l'ordinanza *ex* art. 495 c.p.p. emessa in data 20 luglio 2011, con cui il Giudice monocratico non ha ammesso le tre prove orali richieste dall'imputata.
Come noto, nel processo penale delineato dal vigente codice di rito il diritto alla prova spetta alle parti ed il giudice deve ammettere tutti i mezzi di prova da esse richiesti, con esclusione, in un'ottica di eccezionalità, di quelle sole prove che appaiano manifestamente superflue od irrilevanti (artt. 187 e 190 c.p.p.). Ed anzi, l'imputato ha un preciso diritto all'ammissione delle prove a discarico (art. 495, comma 2 c.p.p.).
Nulla di ciò è stato consentito dal Giudice di prime cure, il quale, con motivazione tra l'altro del tutto apodittica ed insufficiente, ha ritenuto le testimonianze richieste "manifestamente irrilevanti".
Al contrario, la loro assunzione avrebbe consentito di dare per provato che:

– al tempo dei fatti, l'imputata era priva delle conoscenze informatiche di base;
– il *computer* in questione è stato comprato subito prima dei fatti, precisamente nel settembre 2010;
– l'imputata ha iniziato un corso di informatica di base nel novembre 2010;
– al tempo dei fatti l'imputata conviveva con Caio, il quale aveva libero accesso alla sua abitazione e, quindi, anche al suo computer.

Saldandosi con le prove documentali già ammesse (ricevuta d'acquisto del *computer* e scheda d'iscrizione al corso d'informatica di base), un quadro probatorio siffatto avrebbe fatto perdere all'ipotesi accusatoria ogni spessore.
Per questo, con il presente atto d'appello si avanza formale istanza di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale *ex* art. 603 c.p.p. al fine di assumere dette prove orali.

4. Violazione dell'art. 600-*quater*, comma 1 c.p.: infondatezza dell'ipotesi accusatoria e conseguente illegittimità ed ingiustizia della condanna di primo grado.

4.1 Ove – come pare inevitabile – sia accolto il motivo proposto *supra*, *sub* **2**, il materiale oggetto di sequestro diviene inutilizzabile e non resta alcun altra prova a carico dell'imputata (certo non potendo surrogarsi alle prove inutilizzabili la deposizione degli operanti di polizia giudiziaria, perché ciò costituirebbe una palese violazione del divieto di utilizzazione).

Venendo quindi meno la prova a carico, ogni apporto difensivo in via di controprova diventa superfluo e si impone una assoluzione *de plano* di Tizia, perché il fatto non sussiste.

4.2 Ove, invece, a trovare accoglimento fosse il motivo n. **3**, all'esito dell'assunzione delle prove orali richieste diventerebbe chiaro che, sia pure a voler ritenere esistente il fatto, Tizia vi sarebbe del tutto estranea, non avendo, al tempo dei fatti, le professionalità e le conoscenze tecniche per navigare sul *web* al fine di procurarsi del materiale illecito, creare una cartella archivio ed infine salvarvi quel materiale.

Si imporrebbe in questo caso un proscioglimento perché Tizia non ha commesso il fatto.

5. Profili sanzionatori.

Per mero scrupolo defensionale, qualora codesta Ecc.ma Corte non ritenesse fondati i sovrastanti motivi, si chiede che, considerata l'eventuale incensuratezza e l'età dell'imputata e, soprattutto, l'assoluta episodicità e marginalità del fatto criminoso, nonché la sua lieve tenuità, le venga applicato il minimo della pena.

Con i doppi benefici.

6. Conclusioni.

Per i sovrastanti motivi il sottoscritto difensore chiede che, previa declaratoria di inutilizzabilità del materiale sequestrato in data 20 maggio 2011, nonché previa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, nei sensi dianzi richiesti, l'imputata sia prosciolta perché il fatto non sussiste o, in subordine, perché l'imputata non lo ha commesso o, in estremo subordine, sia condannata al minimo della pena, con i doppi benefici di legge.

Con osservanza.

Firma <.....>

Luogo <.....>, *data* <.....>

Le sentenze in evidenza

Si segnalano due sentenze relative ai due punti maggiormente controversi, e cioè, sul versante sostanziale, ai rapporti tra l'art. 600-*ter* c.p. e l'art. 600-*quater* c.p., nonché, sul versante processuale, alla attività di contrasto svolta *ex* art. 14 della legge n. 269 del 1998.

Quanto ai rapporti tra art. 600-*ter* c.p. ed art. 600-*quater* c.p., si segnala:

Corte di Cassazione, Sez. III pen., 6 dicembre 2010, n. 43246
Reati contro la persona - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Detenzione di materiale pedopornografico - Pericolo concreto di diffusione - Necessità ai fini della sua configurabilità - Esclusione - Consapevole detenzione - Sufficienza.

Il reato di detenzione di materiale pedopornografico non richiede, ai fini della sua configurabilità, un concreto pericolo di diffusione del predetto materiale, essendo sufficiente la mera consapevole detenzione del medesimo.

Pornografia - Pornografia minorile - Detenzione di materiale pornografico - Consapevolezza della detenzione - Fattispecie. (C.p., articolo 600-quater)

Il reato di detenzione di materiale pornografico previsto dall'articolo 600-*quater* del C.p. è norma di chiusura e residuale, che, per non lasciare impunite alcune condotte di sfruttamento dei minori a fini di pratiche sessuali illegali, copre, come emerge dall'inciso «fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-*ter* del C.p.», tutte quelle condotte consistenti nel procurarsi o detenere materiale pornografico utilizzando minori. (Nella specie, la Corte ha ritenuto correttamente dimostrata la piena consapevolezza della detenzione in capo all'agente in ragione del fatto che era risultato accertato che questi aveva finanche offerto tale materiale in cambio di altro mediante messaggio lasciato nella bacheca di un sito di scambio di materiale pedopornografico).

Corte di Cassazione, Sez. III pen., 3 ottobre 2011, n. 35696
Reati contro la persona - Cessione e detenzione di materiale pedopornografico - Concorso - Esclusione.

Va affermata la piena applicabilità delle pene previste dal comma 4 dell'art. 600-*ter* del c.p. alla condivisione di *files* tramite chat, anche se limitata a due persone. Lo scambio di foto o altro materiale che abbia a oggetto dei minori ricade, infatti, nel raggio d'azione della norma che punisce la divulgazione, sebbene in maniera "più leggera", rispetto alla diffusione di programmi di *files sharing*: un crimine, sanzionato dal comma 3 dell'art. 600-*ter*, che scatta quando il programma consente a chiunque si colleghi di condividere cartelle, archivi e documenti contenti le foto incriminate.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Quanto all'attività di contrasto svolta *ex* art. 14 della legge n. 269 del 1998, si segnala, invece:

Corte di Cassazione, Sez. III pen., 25 febbraio 2008, n. 8380
Prove - Mezzi di ricerca della prova - Sequestri - In genere - Attività di contrasto svolta da agente provocatore ai sensi dell'art. 14 della l. n. 269 del 1998 - Prove acquisite per reati diversi da quelli previsti dal comma terzo - Utilizzabilità - Esclusione - Ragioni.

L'attività di contrasto contro la pedopornografia è esercitabile dagli organi di polizia giudiziaria, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, solo per acquisire elementi di prova in ordine ai delitti espressamente indicati nell'art. 14 della L. 3 agosto 1999, n. 269, norma eccezionale insuscettibile di interpretazione analogica ovvero estensiva. (Fattispecie nella quale l'attività di polizia giudiziaria svolta da un agente provocatore riguardava il delitto di cessione gratuita di materiale pedopornografico, non rientrante nell'art. 14 della Legge citata).

Per il testo integrale della sentenza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

2. Corruzione e responsabilità degli enti

(di Stefano Marcolini)

Traccia per la redazione del parere

Mevio viene incaricato dalla società AZ, da cui è stato da poco assunto, di seguire un importante progetto di ristrutturazione edilizia di un immobile sito nel Comune di X.

Nell'esecuzione di tale incarico viene in contatto con Sempronio, dipendente comunale e membro della Commissione edilizia, competente al rilascio di un parere decisivo per l'approvazione del progetto.

Su pressione di quest'ultimo, si decide a consegnargli dei soldi per assicurare il buon esito dell'esame del progetto in Commissione, cosa che in effetti avviene.

Qualche tempo dopo Mevio apprende, da fonti confidenziali, che Sempronio sarebbe indagato proprio per "aver preso", in più occasioni, dei soldi nell'esercizio della sua funzione di membro della succitata Commissione edilizia.

Mevio si reca preoccupato da un legale per sapere se vi è modo di verificare se anch'egli risulta in qualche modo coinvolto nelle indagini e, in generale, per conoscere le possibili conseguenze penali della sua condotta.

Si assumano le vesti del legale di Mevio e si rediga motivato parere in ordine alle sue richieste, alle fattispecie penali configurabili a suo carico ed alle possibili conseguenze per lui e per la società di cui è dipendente.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione di un qualsiasi parere esige una preventiva e preliminare attività di analisi, da parte del candidato, volta alla individuazione dei punti problematici e delle argomentazioni da sviluppare, a partire dalle sollecitazioni, in diritto ed in fatto, offerte dalla traccia.

La traccia qui presentata porta a impegnarsi, tra le altre cose, sul classico tema della distinzione, all'interno della categoria dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, tra il delitto di concussione (art. 317 c.p.) e quello di corruzione (artt. 318 ss. c.p.). Ma non è tutto. Mevio chiede di sapere se vi è qualche strumento per verificare un suo coinvolgimento nelle indagini (delle quali ha peraltro e comunque appreso solo in via del tutto confidenziale). Lo strumento esiste e, naturalmente richiama l'accesso al Registro delle notizie di reato *ex* art. 335, commi 3 e 3-*bis* c.p.p.

Da ultimo, un espresso suggerimento viene fornito dalla stessa traccia nella parte in cui invita a riflettere su possibili conseguenze non solo per Mevio ma anche per la società da cui

dipende. Va infatti ricordato che l'art. 25 del D.Lgs. n. 231 del 2001 istituisce la responsabilità amministrativa degli enti proprio per i reati di corruzione e concussione.
Si ricordi il carattere *pro veritate* del parere nonché il "divieto" di elaborare una difesa sulla base di circostanze fantasiose od inventate: ogni argomento difensivo deve passare dalla valorizzazione di dati forniti, noti ed esistenti.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Il punto di partenza per lo svolgimento di ogni parere è costituito dalla ricognizione delle norme rilevanti nel caso sottoposto ad esame.

Art. 317 c.p. Concussione.
Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni.
(Domanda: inserire note con richiami e storico delle modifiche? Se si, occorrerebbe che tutti noi autori ricavassimo la normativa che citiamo da un codice comune, per garantire omogeneità, N.d.A.)

Art. 317-*bis* c.p. Pene accessorie.
La condanna per i reati di cui agli articoli 314 e 317 importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nondimeno, se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea.

Art. 318 c.p. Corruzione per un atto d'ufficio.
Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.
Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino ad un anno.

Art. 319 c.p. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.
Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

Art. 319-*bis* c.p. Circostanze aggravanti.
La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene nonché il pagamento o il rimborso di tributi.

Art. 320 c.p. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio.
Le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato.
In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore ad un terzo.

Art. 321 c.p. Pene per il corruttore.
Le pene stabilite nel comma 1 dell'articolo 318, nell'articolo 319, nell'articolo 319-*bis*, nell'articolo 319-*ter* e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità.

Art. 322-*ter* c.p. Confisca.
Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-*bis*, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.
Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-*bis*, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-*bis*, secondo comma.
Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato.

Art. 335-*bis* c.p. Disposizioni patrimoniali.
Salvo quanto previsto dall'articolo 322-*ter*, nel caso di condanna per delitti previsti dal presente capo è comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi previste dall'articolo 240, primo comma.

Art. 335 c.p.p. Registro delle notizie di reato.
(omissis)
3. Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste dai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.
3-*bis*. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.

Art. 110-*bis* disp. att. c.p.p. Richiesta di comunicazione delle iscrizioni.
1. Quando vi è richiesta di comunicazione delle iscrizioni contenute nel registro delle notizie di reato a norma dell'articolo 335, comma 3, del codice, la segreteria della procura della Repubblica, se la risposta è positiva e non sussistono gli impedimenti a rispondere di cui all'articolo 335, commi 3 e 3-*bis*, del codice, fornisce le informazioni richieste precedute dalla formula: «Risultano le seguenti iscrizioni suscettibili di comunicazione». In caso contrario, risponde con la formula: «Non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione».

Art. 27 d.P.R. 14 novembre 2002. n. 313 (T.U. Casellario giudiziale). Certificato del casellario dei carichi pendenti richiesto dall'interessato.
1. L'interessato ha il diritto di ottenere il certificato senza motivare la richiesta.
2. Nel certificato sono riportate le iscrizioni esistenti nel casellario dei carichi pendenti ad eccezione di quelle relative:
a) alle condanne delle quali è stato ordinato che non si faccia menzione nel certificato a norma dell'articolo 175 del codice penale, purché il beneficio non sia stato revocato;
b) alle condanne per contravvenzioni punibili con la sola ammenda;
c) alle condanne per i reati per i quali si è verificata la causa speciale di estinzione prevista dall'articolo 556 del codice penale;
d) ai provvedimenti previsti dall'articolo 445 del codice di procedura penale e ai decreti penali;
e) ai provvedimenti giudiziari emessi dal giudice di pace;
f) ai provvedimenti giudiziari relativi ai reati di competenza del giudice di pace emessi da un giudice diverso, limitatamente alle iscrizioni concernenti questi reati.

Art. 33 D.P.R. 14 novembre 2002. n. 313 (T.U. Casellario giudiziale). Visura delle iscrizioni da parte della persona o dell'ente interessato.
1. La persona o l'ente interessato può conoscere senza motivare la richiesta, ma senza efficacia certificativa, tutte le iscrizioni ad esso riferite, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 25, 26, 27 e 31.
2. Con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia sono stabilite le modalità tecnico operative per consentire tale conoscibilità, sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie, per le modalità telematiche, e sentito il Garante per la protezione dei dati personali.
3. Sono competenti a consentire la visura tutti gli uffici territoriali e tutti gli uffici locali.
4. Gli altri uffici abilitati sono individuati con le modalità di cui all'articolo 35, comma 2.

Art. 19 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche). Confisca.
1. Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.
2. Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

Art. 25 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche). Concussione e corruzione.
1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi 1 e 3, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.
2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-*ter*, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.
3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-*bis* quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-*ter*, comma 2, e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.
4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-*bis*.
5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Occorre prestare attenzione alle domande rivolte dal cliente. Esse, nell'ordine ricavabile dalla traccia, sono sostanzialmente tre:

a) se vi sia uno strumento per sapere se è sottoposto ad indagini oppure no;

b) quali conseguenze penali possano derivare dalla sua condotta;

c) quali conseguenze possano derivare dalla sua condotta per la società AZ, da cui egli dipende.

L'ordine nell'esaminarle può ed anzi deve essere modificato per rispondere ad esigenze logiche: appare di gran lunga migliore rispondere, *in primis*, al quesito *sub* lett. *b*), relativo alla possibile individuazione di violazioni della legge penale nei fatti esposti. Una volta fornita risposta a tale domanda, relativa alle *astratte* possibilità di incriminazione a carico di Mevio, si può suggerire lo strumento processuale da impiegare per sapere se *in concreto* sussistono delle iscrizioni a suo carico, vale a dire dei procedimenti penali in corso (art. 335, comma

3, c.p.p.); da ultimo, si potrà e dovrà illustrare l'aspetto delle conseguenze cui la società AZ può andare incontro, conseguenze che dipendono tutte, appunto, dalla configurabilità a monte di un reato (e non di un reato qualsiasi, bensì dei delitti di concussione o corruzione).

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La traccia appare ricca di elementi fattuali, ciascuno dei quali deve essere naturalmente soppesato nella sua importanza nell'economia del parere complessivo.
In tale panorama, un elemento assai importante appare nebuloso: quello dei rapporti intercorsi tra Mevio e il dipendente comunale Sempronio. Le "pressioni" da quest'ultimo esercitate sul primo sono da ritenersi sufficienti a "promuovere" il reato da corruzione in concussione oppure no?
Salvi i ragionamenti giuridici che si potranno fare, in assenza di elementi fattuali più precisi sarebbe un errore imboccare con decisione una direzione piuttosto che un'altra. Sarà pertanto preferibile rendere il cliente edotto di ambedue le possibilità e delle conseguenze che derivano da ciascuna di esse, affermando che sarà lo sviluppo delle indagini od il giudizio – se indagini o giudizio dovessero esserci – a portare i chiarimenti necessari a capire quale ipotesi prevarrà sull'altra.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Sul piano delle conseguenze personali, come già detto, occorre innanzitutto inquadrare giuridicamente la dazione di danaro da Mevio a Sempronio sulla base del costante insegnamento giurisprudenziale, secondo cui la distinzione tra concussione e corruzione dipende dal modo con il quale si determina la volontà del privato, ossia liberamente (corruzione) o per effetto del c.d. *metus publicae potestatis* dipendente dalla volontà prevaricatrice del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio (concussione).

Opzioni difensive a disposizione

L'accertamento processuale circa la pendenza o meno di procedimenti a carico di Mevio è demandato al funzionamento dell'istituto dell'accesso al registro generale *ex* art. 335, commi 3 e 3-*bis* c.p.p. Vi è da segnalare in capo alla pubblica accusa la possibilità, normativamente prevista, di segretare le relative informazioni per un periodo non superiore ai tre mesi. Da qui l'opportunità di suggerire al cliente, nel caso in cui il primo interpello segnalasse che non vi sono iscrizioni a carico, un secondo interpello a distanza di ulteriori tre mesi.
Infine, muovendo dal piano delle conseguenze personali a quelle patrimoniali, occorre segnalare che l'art. 322-*ter* c.p. dispone sempre e comunque la confisca, anche per equivalente, del profitto o del prezzo del reato.
Sempre sul piano delle conseguenze patrimoniali, benché mutando il patrimonio di riferimento, l'ultimo punto su cui appuntare le riflessioni è costituito dai possibili effetti negativi sulla sfera giuridica dell'ente (la società AZ). Questa, infatti, per effetto dell'accertamento della responsabilità penale di Mevio e/o Sempronio potrebbe rischiare il pagamento di una sanzione pecuniaria (art. 25, commi da 1 a 4, D.Lgs. n. 231 del 2001), l'applicazione di sanzioni interdittive (art. 25, comma 5, D.Lgs. n. 231 del 2001) ed infine la confisca, anche per equivalente, del prezzo o del profitto del reato (art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001).

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Giurisprudenza

Sulla distinzione tra le fattispecie di concussione e corruzione, la giurisprudenza è ovviamente assai vasta. Si vedano, solo tra le più recenti:

Cass. pen., sez. VI, 5.10.2010, n. 38650, in *C.E.D.*
Ai fini della individuazione degli elementi differenziali tra i reati di corruzione e di concussione, occorre avere riguardo al rapporto tra le volontà dei soggetti, che nella corruzione è paritario ed implica la libera convergenza delle medesime verso la realizzazione di un comune obiettivo illecito, mentre nella concussione è caratterizzato dalla presenza di una volontà costrittiva o induttiva del pubblico ufficiale, condizionante la libera formazione di quella del privato, il quale si determina alla dazione, ovvero alla promessa, soggiacendo all'ingiusta pretesa del primo solo per evitare un pregiudizio maggiore (nel caso di specie è stato ravvisato il reato di concussione nella condotta di un funzionario dell'ufficio delle imposte dirette, che aveva indotto la vittima a consegnargli dei gioielli con la promessa della favorevole conclusione di una verifica fiscale in corso);

Cass. pen., sez. VI, 15.4.2010, n. 25969, in *Guida dir*, 2010, f. 40, 89
È ravvisabile la concussione, e non la corruzione, in presenza dell'abuso della qualità e dei poteri da parte dell'agente e di una condotta di prevaricazione posti in essere in una posizione di preminenza rispetto alla vittima del reato, assoggettata in posizione di timore – e non certo paritetica – e, quindi, indotta non solo a dover pagare una somma dovuta, ma anche minacciata di dover sopportare danni ancora maggiori ove non aderisca all'illecita proposta; mentre a nulla rileva, in senso contrario, il fine della vittima di conseguire comunque, attraverso una modalità illegittima, un vantaggio personale (nella specie, è stata ritenuta corretta la qualificazione del fatto a titolo di concussione a carico di un operatore della polizia stradale che, sottoposto a controllo il conducente di un veicolo in condizioni di irregolarità, dopo avergli ritirato la carta di circolazione, lo aveva indotto, minacciandogli anche la possibilità di irrogazione di una ulteriore multa, a versargli una somma di denaro per riottenere il documento);

Cass. pen., sez. VI, 9.1.2009, n. 9528, in *Cass. pen.*, 2010, 582
In tema di concussione, la circostanza che l'atto oggetto di mercimonio da parte del pubblico ufficiale sia illegittimo e contrario ai doveri d'ufficio non comporta di per sé il mutamento del titolo del reato in quello di corruzione, neppure quando il soggetto passivo versi già in una situazione di illiceità e sia consapevole dell'illegittimità dell'atto, dovendosi ritenere sussistente il delitto di concussione quando la posizione di preminenza prevaricatrice del pubblico ufficiale abbia creato uno stato di timore tale da escludere la libera determinazione della volontà del privato, in conseguenza dell'abuso della qualità o dei poteri del primo (fattispecie relativa all'induzione di cittadine extracomunitarie a prestazioni sessuali, commessa mediante l'abuso della qualità e dei poteri di assistenti della Polizia di Stato in servizio presso l'ufficio stranieri di una Questura);

Cass. pen., sez. VI, 27.6.2008, n. 28736, in *Foro it.*, 2009, II, 167
Il vero elemento discriminante tra concussione e corruzione si delinea solo considerando la posizione psicologica del privato a fronte del pubblico ufficiale; se tale posizione risulta viziata da "vis compulsiva" per prevaricazione di quest'ultimo si ha concussione, a nulla rilevando il vantaggio che il privato può direttamente trarre;

Cass. pen., sez. VI, 9.4.2008, n. 36154, in *Guida dir.*, 2008, f. 45, 85
Integra la fattispecie della corruzione, e non quella della concussione anche cosiddetta "ambientale", una situazione in cui si apprezzi il sistematico pagamento di tangenti da parte di imprenditori di opere pubbliche, nella quale, in un contesto di costante flusso delle commesse, vengano privilegiati gli imprenditori che si siano opportunamente organizzati a tal fine, con conseguente disattivazione dei meccanismi propri della libera concorrenza. Infatti, l'inserimento in un sistema nel quale il mercanteggiamento dei pubblici poteri e la pratica della "tangente" siano costanti, non è agevole cogliere nella parte privata, specie se identificabile con un gruppo imprenditoriale ben

attrezzato sotto il profilo organizzativo e sotto quello economico, lo stato di soggezione, indispensabile per la configurazione della concussione, anche ambientale, posto che, in tale situazione, detta parte mira principalmente ad assicurarsi vantaggi al di fuori degli schemi legali, approfittando proprio dei meccanismi criminosi e divenendo protagonista del sistema illecito;

Cass. pen., sez. II, 16.10.2007, n. 45993, in *Cass. pen.*, 2009, 579
Per distinguere il reato di concussione da quello di corruzione non deve aversi riguardo né al soggetto che prende l'iniziativa né alla composizione dei contrapposti interessi in un "accordo", bensì unicamente alla sussistenza o meno di uno stato di soggezione in cui venga a trovarsi il privato, che vizia a monte l'assetto dei reciproci interessi raggiunto nel c.d. "accordo"; per integrare il suddetto stato di soggezione è sufficiente che il privato si sia determinato alla dazione ovvero all'accordo per evitare un maggior danno, anche in difetto di uno stato di timore psicologico verso il pubblico ufficiale;

Cass. pen., sez, VI, 23.5.2007, n. 38066, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 10, 77
Sussiste il delitto di concussione allorquando la vittima, pur versando in una situazione di illiceità e pur fruendo di qualche vantaggio dall'accettazione della pretesa del pubblico ufficiale, è costretta a sottostare all'illegittima richiesta onde evitare maggiori danni o molestie, non sussistendo in tale ipotesi la "par condicio contractualis", tipica del reato di corruzione;

Trib. Milano, sez. IV, 12.3.2009, n. 3139, in *Giustizia a Milano*, 2009, f. 6, 46
A differenza della truffa, la dazione indebita nella concussione risulta essere l'effetto non di una serie di atti ingannatori, ma della pressione prevaricatrice del pubblico funzionario. Dunque, si può escludere la configurabilità della truffa ove i pazienti siano ben consapevoli sia di consegnare somme non dovute, sempre richieste in nero e non fatturate, sia di essere operati in regime di S.s.n. Non vi sono, quindi, artifici e raggiri tali da presentare alle parti lese un quadro diverso da quello reale. Non può, poi, ipotizzarsi la ricorrenza della corruzione, reato che presuppone, nella sua struttura, il concetto di sinallagma, ossia un accordo tra le parti affinché il privato prometta o corrisponda al p.u. la dazione illecita con reciproco interesse. Non vi è, nella corruzione , la situazione di supremazia del p.u., non esiste un soggetto prevaricatore che, con la sua proposta, costringa o induca il privato, o comunque ne vizia la volontà. Non si trova la evidente preminenza intimidatoria del p.u., basata sull'abuso della qualità o delle funzioni. Vi è, invece, un sistema nel quale le dazioni illecite dei privati distolgono la p.a. dai suoi doveri istituzionali e creano un asservimento della pubblica funzione all'interesse del privato. Tra la parti vi è una trattativa paritaria, che abbia dato luogo ad un accordo convergente verso una comune utilità. Né discrimine tra le due ipotesi di reato può essere considerata la provenienza dell'iniziativa. Se anche, come in alcuni dei casi è il privato a chiedere al medico come poter fare per essere operato da lui, il reato di concussione è comunque sussistente in tutti i casi in cui la vittima ha la convinzione di adeguarsi ad una prassi ineluttabile, confermata dal comportamento del p.u. Il parametro discretivo tra le due fattispecie va ricercato nella condizione psicologica del privato a fronte del p.u. L'attività dell'organo giudicante, in particolare, deve avere ad oggetto l'esame del rapporto, paritetico o meno, tra le volontà dei soggetti coinvolti. Neppure può ravvisarsi l'abuso d'ufficio.

Altra fattispecie da considerare è quella relativa alla confisca *ex* art. 322-*ter* c.p.; si vedano:

Cass. pen., sez. VI, 15.2.2011, n. 17064, in *Diritto & Giustizia on line*, 5.5.2011:
Il profitto del reato oggetto di confisca si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato; nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'autore del reato delle prestazioni che il contratto gli impone;

Cass. pen., sez. III, 27.1.2011, n. 8982, in *Guida dir.,* 2011, 19, 58
*Nella confisca per equivalente prevista dall'art. 322-*ter *c.p., non è necessaria la dimostrazione del "nesso pertinenziale" tra il reato e le somme di denaro confiscate (e, prima, sequestrate), ossia non occorre la dimostrazione che trattasi di denaro proveniente dal delitto: ciò in quanto la confisca "per equivalente" ha a oggetto beni nella disponibilità dell'imputato "per un valore corrispondente" a quello relativo al profitto o al prezzo del reato;*

Cass. pen., sez. II, 9.7.2010, n. 34505, in *DeJure on line*
*In tema di sequestro preventivo di beni aziendali a fini di confisca per equivalente, nel caso di reato plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente nel reato e, pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca (art. 640-*quater *e 322-*ter *c.p.) ed il sequestro preventivo ad essa finalizzato (art. 321, comma 2, c.p.p.) possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, anche se l'espropriazione non può essere duplicata e comunque eccedere nel quantum l'ammontare complessivo dello stesso;*

Cass. pen., sez. II, 13.5.2010, n. 21027, in *C.E.D.*:
La confisca per equivalente relativa al reato di corruzione non presuppone necessariamente il conseguimento, da parte del corruttore, di un profitto, stante la natura sanzionatoria della misura (fattispecie in tema di sequestro preventivo);

Cass. pen., sez. VI, 17.3.2010, n. 12819, in *C.E.D.*:
Nell'ipotesi in cui il sequestro preventivo sia funzionale alla confisca "per equivalente" e venga disposto nei confronti di persona sottoposta ad indagini per uno dei reati previsti dall'art. 322-ter, comma 1 c.p., può essere rapportato, in base al tenore testuale della norma, non al "profitto", ma soltanto al "prezzo" del reato, inteso quest'ultimo in senso tecnico e non estensibile a qualsiasi utilità connessa al reato (principio affermato, nella specie, con riguardo al reato di concussione);

Cass. pen., sez. V, 3.2.2010, n. 10810, in *C.E.D.*
Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, anche se l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso;

Cass. pen., sez. un., 25.6.2009, n. 38691, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 48, 62
*In riferimento al delitto di peculato, può disporsi la confisca per equivalente, prevista dall'art. 322-*ter*, comma 1, ultima parte c.p., soltanto del prezzo e non anche del profitto del reato;*

Cass. pen., sez. I, 30.5.2006, n. 30790, in *C.E.D.*, rv. 234886
*In relazione alla fattispecie di cui all'art. 640-*bis *c.p., in forza del combinato disposto degli artt. 322-*ter *e 640-*quater *c.p., il sequestro preventivo può avere ad oggetto anche beni o valori equivalenti al profitto del reato* (nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo, in quanto "equivalente" del profitto, il sequestro preventivo di due aziende nella disponibilità degli indagati, precisando peraltro che il valore delle stesse dovrà essere scomputato per differenza dal totale del profitto, rappresentato dalle indebite percezioni a titolo di contribuzione pubblica, attraverso adempimenti estimatori che non spettano al tribunale del riesame, ma sono rimessi alla fase esecutiva della confisca);

Cass. pen., sez. VI, 14.6.2007, n. 30966, in *C.E.D.*, rv. 236983
*Nel delitto di corruzione è assoggettabile a confisca obbligatoria ex art. 322-*ter*, comma 1 c.p. quale prezzo del reato l'utilità materialmente corrisposta al corrotto o, alternativamente, quella promessa, se la dazione non ha luogo*» (in applicazione di tale principio, la Corte ha annullato il provvedimento del Tribunale del riesame che aveva ritenuto confiscabile il valore dei compensi promessi, pur essendo stato accertato che le utilità effettivamente corrisposte erano di importo inferiore);

G.I.P. c/o Trib. Milano, 18.1.2010, in *Foro ambrosiano*, 2010, 1
Nel novero dei beni confiscabili rientrano quelli di cui il reo abbia la disponibilità, anche qualora risultino intestati a terze persone ovvero cointestati. Si procederà pertanto alla confisca per l'intero valore dei beni stessi, non essendo applicabile alla materia della confisca la normativa del codice civile circa i vincoli e le presunzioni sussistenti fra creditore e debitore solidali. In ipotesi di concorso, la somma sottoposta a confisca dovrà essere ripartita pro quota *fra i concorrenti, salvo che non risulti possibile la determinazione delle quote spettanti a ciascuno di essi.*

Infine, sulle sanzioni – pecuniaria ed accessorie – cui l'ente va incontro nel caso venga riconosciuta la sua responsabilità amministrativa dipendente dai reati di concussione o corruzione (art. 25 D.Lgs. n. 231 del 2001), nonché soprattutto sulle ulteriori e connesse conseguenze patrimoniali, ruotanti intorno alla doverosa confisca, anche per equivalente (art. 19 medesimo decreto) si vedano, in giurisprudenza:

Cass. pen., sez. II, 9.7.2010, n. 28683, in *C.E.D.*, rv. 247670
In tema di responsabilità da reato degli enti, la confisca per equivalente di beni corrispondenti al profitto del reato è obbligatoria, anche qualora il reato presupposto sia quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche;

Cass. pen., sez. II, 9.7.2010, n. 28683, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 41, 90
*In materia di responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, la confisca per equivalente prevista dall'art. 19 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, è estesa espressamente anche al valore equivalente al profitto del reato, in difformità della previsione di cui al comma 1 dell'art. 322-*ter *c.p., secondo cui, invece, in relazione ai delitti contro la p.a., si può procedere alla confisca per equivalente solo in riferimento al prezzo del reato;*

Cass. pen., sez. II, 27.1.2010, n. 6974, in *C.E.D.*, rv. 246479
Il sequestro preventivo a fini di confisca dei beni equivalenti al prezzo del reato di corruzione commesso nell'interesse di una persona giuridica non può essere disposto sui beni presenti nel patrimonio di quest'ultima, bensì su quelli nella disponibilità del soggetto che ha percepito il denaro come "prezzo" della corruzione;

Cass. pen., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, in *Riv. pen.*, 2008, 1000
*In tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "*quantum*" l'ammontare complessivo dello stesso.*

Dottrina

Nella manualistica:

– Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 2008, 346 ss.;
– Chiarotti, *Concussione*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, 1961, 705;
– Pagagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione,* vol. I, Giuffrè, 2008, 197 ss.;
– Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. *Parte speciale*, Zanichelli, 2007, 215;
– Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2006, 152 ss.

Per contributi specifici:

– Balbi, *I delitti di corruzione*, Jovene, 2003;
– Benussi, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, 1, diretto da Marinucci-Dolcini, Cedam, 2001, 395 ss.;
– Gambardella, sub *Art. 317*, in *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. III, diretto da Lattanzi-Lupo, Giuffrè, 2005, 302 ss., nonché nella precedente edizione, sub *Art. 317*, in *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, diretto da Lattanzi-Lupo, Giuffrè, vol. VII, 2000, 90 ss.;

– Insolera, «Corruzione e concussione nella riforma del diritto e del processo penale», in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Giuffrè, 2000, 661 ss., in specie 672 ss.;
– Padovani, «Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze *"improcrastinabili" di riforma», in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, 1302 ss.;*
– Ronco, «Sulla distinzione tra concussione e corruzione (nota a Cass., sez. VI, 13 novembre 1997, Meda)», in *Giur. it., 1998, 1456;*
– Ruggiero, «La rilevanza dell'abuso del pubblico agente quale criterio distintivo tra l'istigazione alla corruzione e la concussione (Nota a Cass., sez. VI, 13 gennaio 2000, Lattanzio)», in *Riv. pen.*, 2001, 743;
– Spena, *Il turpe mercato*, Giuffrè, 2003, 357 ss.

In dottrina si vedano anche:

– *Art. 322*-ter in AA.VV., *Codice penale commentato*, Tomo II, a cura di Dolcini e Marinucci, Ipsoa, 2011;
– Bottalico, «Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto», in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2009, 1726;
– Lepera, «Brevi note in tema di confisca ex art. 322-*ter* c.p.» (nota a Cass., sez. VI, 14 giugno 2007, Puliga), in *Cass. pen.,* 2008, 966;
– Lottini, «La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322-*ter* c.p.» (nota a Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, Miragliotta), in *Dir. pen. e proc.,* 2008, 1295;
– Nunziata*, La confisca penale: dal Codice Rocco al progetto della "Commissione Nordio",* in *Cass. pen.,* 2006, 1216;
– Paonessa*, La confisca del "profitto" del reato nella fattispecie di concussione,* in *Ventiquattrore avvocato,* 2008, fasc. 9, 101.

Infine, sulle sanzioni – pecuniaria ed accessorie – cui l'ente va incontro nel caso venga riconosciuta la sua responsabilità amministrativa dipendente dai reati di concussione o corruzione (art. 25 D.Lgs. n. 231 del 2001), nonché soprattutto sulle ulteriori e connesse conseguenze patrimoniali, ruotanti intorno alla doverosa confisca, si vedano:

– Albertini, sub *Art. 25*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Utet, 2010;
– Bricchetti, sub *Art. 19*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Utet, 2010;
– Epidendio, «Corruzione internazionale e responsabilità degli enti», in *Resp. amm. società e enti*, 2007, fasc. 2, 69;
– Fraioli, «L'estensione soggettiva della confisca ex art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001 nei rapporti persona fisica – ente e nei rapporti tra enti», in *Giur. merito*, 2010, 1740;
– Lorenzetto, «Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente», in *Cass. pen.*, 2010, 4276;
– Lorenzetto, «Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato», in *Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1788;*
– Mongillo, «La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1758;
– Paonessa, «Responsabilità degli enti: il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca», in *Ventiquattrore avvocato*, 2008, fasc. 10, 101;
– Ruggieri, sub *Art. 53*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Utet, Torino, 2010.

Conclusioni

La dazione di danaro da parte di Mevio a Sempronio, per le qualità soggettive ed il ruolo ricoperto da quest'ultimo, integra senz'altro un illecito penale. Si tratterà di concussione (art. 317 c.p.) oppure di corruzione (la traccia non fornisce elementi sufficienti per determinare se per un atto d'ufficio, art. 318 c.p., o per un atto contrario ai doveri d'ufficio, art. 319 c.p.), a seconda che Sempronio, rispettivamente, si sia posto su un piano di parità con Mevio, stringendo con lui un accordo illecito paritario, oppure abbia abusato della propria funzione per porre Mevio in una posizione di timore e forzarlo alla suddetta dazione di danaro.
In qualunque momento una persona sospetti di essere indagata ha la possibilità di interrogare il registro generale presso la Procura di riferimento per averne conferma. A parte alcune esclusioni oggettive, indicate dall'art. 335, comma 3 c.p.p. mediante rinvio all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., il P.M., a fronte di tale richiesta, ha un potere di segretazione per un periodo massimo di tre mesi (art. 335, comma 3-*bis* c.p.p.).
Da ultimo, tanto i reati di corruzione quanto quelli di concussione generano una possibile responsabilità per l'ente nel cui interesse o vantaggio il reato è stato compiuto, con applicazione del relativo apparato sanzionatorio descritto all'art. 25 D.Lgs. n. 231 del 2001.

Svolgimento del parere per esteso

Mevio riferisce di essere dipendente – neoassunto – della società AZ. In tale qualità è stato preposto, dal suo datore di lavoro, a seguire un progetto di ristrutturazione di un immobile sito nel Comune di X, per la cui realizzazione era preliminarmente necessario un titolo autorizzativo da parte della locale Commissione Edilizia.
Mevio riferisce di aver consegnato del danaro a Sempronio, dipendente comunale e membro di detta Commissione edilizia, affinché la pratica avesse un felice esito, come in effetti è poi avvenuto. Si premura di precisare, peraltro, che la dazione di danaro è avvenuta dietro "pressione" di Sempronio.
Successivamente a tali fatti, Mevio viene a sapere, da fonte peraltro tutta da verificare, che Sempronio sarebbe incorso in guai con la giustizia proprio per episodi di malaffare legati all'attività della Commissione Edilizia di cui è membro.
Mevio, pertanto, si presenta da un legale per sapere se nella condotta da lui tenuta sono ravvisabili violazioni della legge penale, se vi siano dei mezzi per verificare se è già stato aperto un procedimento nei suoi confronti in relazione ai fatti esposti e se, da ultimo, sempre in relazione a tali fatti, possano prodursi delle conseguenze negative anche per la società da cui dipende.
La prima domanda cui occorre fornire risposta è appunto se, nei fatti come narrati dal cliente, sia ravvisabile una qualche infrazione penalmente rilevante.
L'ambito delle riflessioni deve essere, naturalmente, quello dei delitti contro la P.A. (Libro II, Titolo II del codice penale), segnatamente quelli commessi, ancora in generalità, dai pubblici ufficiali contro la P.A. (Capo I, artt. 314 ss. c.p.).
La dazione di danaro da un privato ad un pubblico ufficiale è astrattamene inquadrabile in due figure di reato: la concussione di cui all'art. 317 c.p. e la corruzione di cui agli artt. 318 (c.d. impropria) e 319 c.p. (c.d. propria).
Prima di esaminare le caratteristiche di tali figure delittuose, per capire quale delle due si

attagli al caso di specie, occorre sgombrare il campo da un problema preliminare, riguardante le qualità soggettive di Sempronio.
Da quanto si ricava dal racconto di Mevio, Sempronio è un dipendente comunale membro della Commissione Edilizia, ma non vengono forniti elementi che consentano di comprenderne meglio i compiti tanto nell'organigramma comunale, tanto in seno alla Commissione. Ciò è però ininfluente e non impedisce affatto di esprimere il parere richiesto dal cliente. Qualora Sempronio sia pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p., infatti (come pure sembra più probabile, se non altro per effetto della – e relativamente alla – sua partecipazione alla Commissione Edilizia), non vi è alcun dubbio che possa rendersi autore sia del delitto di concussione, sia di quello di corruzione.
Ma anche qualora egli, alla luce delle mansioni che gli competono, risultasse un "semplice" incaricato di pubblico servizio *ex* art. 358 c.p., potrebbe rendersi autore di ambedue i reati. Per quanto riguarda la concussione, l'art. 317 c.p. indica indifferentemente (ed invia alternativa) il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio come possibili soggetti attivi del reato. Per quanto concerne la corruzione, è invece l'art. 320, comma 1 c.p. a prevedere che essa possa essere commessa, oltre che naturalmente dal pubblico ufficiale, anche dall'incaricato di pubblico servizio.
Tale ultima norma segnatamente prevede che «le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato». Si noti che, nel caso di specie, non potrebbero sussistere dubbi sul possesso da parte di Sempronio delle qualità soggettive richieste: con riguardo all'art. 319 c.p., si fa sic et simpliciter riferimento alla figura dell'incaricato di pubblico servizio (e sarebbe davvero arduo dimostrare che Sempronio non lo sia), mentre con riguardo all'art. 318 c.p., si richiede il *quid pluris* della qualità di pubblico impiegato, anch'essa però pacificamente posseduta da Sempronio, che è dipendente comunale. Ciò premesso, si venga ora all'analisi delle fattispecie di concussione e corruzione, al fine di stabilire quale possa e debba trovare applicazione ai fatti descritti.
Va detto che, dal punto di vista descrittivo, per una scelta sicuramente legata alla temperie storica e culturale in cui sono state redatte le norme del codice penale, nonché per la loro conseguente collocazione sistematica, il fatto tipico in ambedue le norme è narrato *ex latere accipientis*, cioè dal punto di vista soggettivo di chi riceve danaro od altra utilità.
Premessa questa base fattuale comune – l'indebita erogazione o promessa di tale erogazione dal privato al pubblico agente – i due reati si differenziano, secondo la tradizionale impostazione giurisprudenziale, per il differente clima psicologico che li caratterizza, vale a dire per la diversa posizione che il privato e il pubblico ufficiale assumono nel reciproco rapporto.
Nella corruzione, non a caso tipico esempio di reato a concorso necessario, tali soggetti (pubblico ufficiale e privato) trattano pariteticamente e si accordano sul *pactum sceleris* con convergenti manifestazioni di volontà verso un comune obbiettivo illecito ai danni della pubblica amministrazione; nella concussione, che è invece reato monosoggettivo, la *par condicio contractualis* è inesistente perché il *dominus* dell'illecito affare è il pubblico ufficiale, con la sua autorità ed i suoi poteri, dei quali abusa, costringendo o inducendo, minacciosamente o fraudolentemente, il soggetto passivo, che versa in stato di c.d. *metus publicae potestatis*, a sottostare all'ingiusta richiesta, ponendolo in una situazione che non offre alternative diverse

dalla resa (in tal senso si vedano, ad es., Cass. pen., sez. VI, 3.11.2003, n. 4898, in Cass. pen., 2005, 1585; Cass. pen., sez. VI, 30.10.2003, n. 44761, in C.E.D., rv. 228188; Cass. pen., sez. VI, 19.10.2001, n. 1170, in Cass. pen., 2002, 205, con nota di osservazioni e rinvio ad ulteriori precedenti giurisprudenziali; Cass. pen., sez. VI, 13.1.2000, in Riv. pen., 2001, 742, con nota di RUGGIERO, La rilevanza dell'abuso del pubblico agente quale criterio distintivo tra l'istigazione alla corruzione e la concussione; Cass. pen., sez. VI, 19.1.1998, ivi, 1998, 2917; Cass. pen., sez. VI, 13.11.1997, in Giur. it., 1998, c. 1456, con nota di RONCO, Sulla distinzione tra concussione e corruzione; Cass. pen., sez. VI, 5.2.1996, in Cass. pen., 1996, 3310; Cass. pen., sez. VI, 17.10.1994, n. 12729, ivi, 1996, 1130; in dottrina cfr., almeno, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 2008, 346 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, vol. I, Giuffrè, 2008, 197 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2007, 215; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2006, 152 ss.; BALBII, *I delitti di corruzione*, Jovene, 2003; SPENA, *Il turpe mercato*, Giuffrè, 2003, 357 ss.; BENUSSI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, 1, diretto da Marinucci-Dolcini, Cedam, 2001, 395 ss.; GAMBARDELLA, «sub Art. 317», in *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. III, diretto da Lattanzi-Lupo, Giuffrè, 2005, 302 ss.; INSOLERA, «Corruzione e concussione nella riforma del diritto e del processo penale», in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Giuffrè, 2000, 661 ss., in specie 672 ss.; PADOVANII, «Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1302 ss.).
Non va d'altro canto enfatizzato il mezzo minaccioso o fraudolento: «ai fini della configurabilità del delitto di concussione, le minacce da parte dell'agente e il conseguente stato di timore del soggetto passivo non sono un elemento determinante ai fini del discrimine con la fattispecie della corruzione, atteso che la condotta costrittiva (o, ancor più, quella induttiva), può estrinsecarsi semplicemente in una pressione psicologica sul soggetto passivo a sottostare a una ingiusta richiesta, essendo l'oggettivo condizionamento della libertà morale della persona offesa, e non l'effetto psicologico che eventualmente da esso consegue, configurabile come parte integrante della fattispecie criminosa; ne consegue che chi è costretto o indotto a dare o a promettere indebitamente una utilità in conseguenza dell'abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale non deve necessariamente trovarsi in uno stato soggettivo di timore, potendo determinarsi al comportamento richiesto per mero calcolo economico, attuale o futuro, o per altra valutazione utilitaristica» (Cass. pen., sez. VI, 17.2.2000, Cascini, in C.E.D., rv. 217116; per una recente conferma della statuizione cfr. anche Cass. pen., sez. sez. VI, 22.5.2009, n. 30764, in C.E.D., rv. 244867).
La giurisprudenza ha altresì precisato che, ai fini di distinguere tra i due reati, sono viceversa irrilevanti tanto la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, quanto la precedente situazione di illiceità in cui versi il privato (Cass. pen., sez. VI, 23.5.2007, n. 38066, in Guida dir., 2007, Dossier n. 10, 77; Cass. pen., sez. VI, 3.7.2000, n. 10792, in C.E.D., rv. 218285; Cass. pen., sez. VI, 13.1.1999, in Guida dir., 1999, fasc. 41, 91; Cass. pen., sez. VI, 1.2.1993, n. 8651, in C.E.D., rv. 195531; Cass. pen., sez. VI, 10.6.1989, n. 11204, ivi, rv. 181949; Cass. pen., sez. VI, 9.3.1984, n. 5991, ivi, rv. 164977; Cass. pen., sez. VI, 4.5.1983, ivi, rv. 159675; Cass. pen., sez. un., 27.11.1982, Dessi, in Cass. pen., 1984, 1260).
È da ultimo importante stabilire in che misura la volontà del privato di procacciarsi un inde-

bito arricchimento o quella, opposta, di evitare un ingiusto danno alla propria sfera patrimoniale possano far propendere per la realizzazione dell'uno o dell'altro delitto. In proposito, la giurisprudenza ha affermato che «in tema di distinzione fra concussione e corruzione, premesso che la prima di dette figure di reato è caratterizzata da *metus publicae potestatis*, per cui, di regola, il concusso *certat de damno vitando*, mentre, nella corruzione, il corruttore *certat de lucro captando*, deve ritenersi che sussista il reato di concussione ogni qualvolta vi sia, da parte del soggetto investito di qualifica pubblicistica, la prospettazione di un danno ingiusto, evitabile soltanto con l'indebita dazione o promessa di denaro o altra utilità da parte del privato, nulla rilevando che anche quest'ultimo possa, a sua volta, sperare di trarre da ciò un vantaggio, sempre che, tuttavia, si tratti di un vantaggio costituito da utilità alle quali il privato avrebbe potuto legittimamente aspirare anche prima dell'intervento del soggetto pubblico, ed al quale sarebbe altrimenti costretto a rinunciare, costituendo proprio tale forzata rinuncia l'oggetto della prospettazione di danno ingiusto da parte del concussore. Per converso, se il *lucrum captandum* da parte del privato non sia soltanto l'effetto naturale della mancata realizzazione del danno ingiusto, ma costituisca la finalità esclusiva o prevalente del favore offerto dal soggetto pubblico o a lui richiesto, ponendosi l'accordo fra le parti in termini di sinallagmaticità e, quindi, di libera contrattazione, con esclusione di ogni soggezione del privato nei confronti del soggetto pubblico, il reato configurabile risulta quello di corruzione» (Cass. pen., sez. VI, 8.11.1996, n. 10851, in *Cass. pen.*, 1998, 71; in dottrina cfr. ANTOLISE, Manuale di diritto penale. Parte speciale, cit., 347, nonché FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte speciale, cit., 217).
Per queste ragioni il privato concusso non solo non è punibile, ma è qualificabile in termini di vittima o persona offesa, mentre il privato corruttore è punibile in una con il pubblico agente corrotto, sia pure con una gradazione di pena diversa (cfr. art. 321 c.p., rubricato appunto «pene per il corruttore»).
Va poi segnalato che, all'interno della fattispecie corruttiva, si distingue la corruzione propria, che si ha quando l'accordo tende a far compiere al soggetto pubblico un atto contrario ai doveri d'ufficio e che è punita più gravemente (art. 319 c.p.), dalla corruzione impropria, che si ha quando invece l'oggetto dell'accordo corruttivo riguarda un atto d'ufficio del soggetto pubblico ed è punita con sanzione più mite (art. 318 c.p.).
Si faccia ora applicazione degli insegnamenti appena ricordati al caso di specie.
In realtà, il racconto di Mevio non consente di pervenire ad una risposta certa ed univoca. Egli riferisce di aver subito delle "pressioni", il che porterebbe a ritenere configurabile il reato di concussione, ma occorre evidentemente essere certi che in Mevio, per effetto di tali generiche pressioni, si sia ingenerato quel *metus publicae potestatis* richiesto. A tal fine, occorrerà evidentemente che egli precisi con maggior dovizia di dettagli (e, preferibilmente, con possibilità di riscontri probatori autonomi) i propri incontri con Sempronio ed il tenore e contenuto delle loro comunicazioni.
La stessa circostanza, secondo cui Sempronio si sarebbe reso autore di altri episodi di malaffare, andrebbe verificata, potendo, al presente livello di mera diceria, risultare neutra, se non ambigua.
Qualora, viceversa, ci si dovesse muovere all'interno della sfera del delitto di corruzione, non è ancora chiaro se si debba parlare di corruzione propria od impropria. Per sciogliere l'alternativa, in questo caso, occorre capire meglio in che cosa si è sostanziato l'intervento, in Commissione Edilizia, di Sempronio. Se il parere della Commissione è conforme a legge,

si avrà una corruzione impropria; se, invece, il parere della Commissione è illegittimo ed è stato appunto adottato per effetto del decisivo intervento di Sempronio, proprio per questo prezzolato, si integrerà la più grave corruzione propria.
Va infine ricordato che all'accertamento dei reati in discorso, siano essi di corruzione o di concussione, consegue sempre e comunque la confisca, anche per equivalente, ai sensi dell'art. 322-ter c.p.
Diviene a questo punto importante stabilire l'estensione dell'istituto per illustrare a Mevio alcune possibili ed immediate conseguenze patrimoniali della sua condotta.
Va innanzitutto rimarcata la natura per equivalente della confisca in discorso: se il bene costituente prezzo o profitto del reato non è più identificabile nella sua individualità (esemplarmente, del danaro confluito nel patrimonio del pubblico agente), la confisca può attingere beni di cui si ha la disponibilità per un valore corrispondente (cfr. Cass. pen., sez. III, 27.1.2011, n. 8982, in *Guida dir.*, 2011, 19, 58: «nella confisca per equivalente prevista dall'art. 322-ter c.p., non è necessaria la dimostrazione del "nesso pertinenziale" tra il reato e le somme di denaro confiscate (e, prima, sequestrate), ossia non occorre la dimostrazione che trattasi di denaro proveniente dal delitto: ciò in quanto la confisca "per equivalente" ha a oggetto beni nella disponibilità dell'imputato "per un valore corrispondente" a quello relativo al profitto o al prezzo del reato»).
Va in secondo luogo illustrato il carattere obbligatorio della confisca in discorso: anche in caso di soluzione patteggiata, oltre che naturalmente in caso di condanna, il provvedimento ablativo è sempre disposto, senza che residui alcuna discrezionalità in capo al giudice (ben diversa, invece, la fisionomia della confisca quale misura di sicurezza patrimoniale, disciplinata, in via generale, dall'art. 240 c.p., che conosce, come noto, ipotesi obbligatorie ma anche ipotesi facoltative).
Da ultimo, diviene importante determinare l'estensione della confisca in discorso. La norma indica due campi di applicazione: il "prezzo" od il "profitto" del reato.
La più recente ed autorevole messa a punto di tali concetti – su cui peraltro la giurisprudenza ha avuto modo di esercitarsi sin dalla prima entrata in vigore dell'art. 240 c.p. – si deve alla recente Cass. pen., sez. un. 25.6.2009, n. 38691, secondo cui «le nozioni di "prezzo" e di "profitto" del reato sono nettamente distinte in relazione al trattamento fattone dall'art. 240 c.p. e devono ritenersi presupposte nella loro diversa valenza tecnica dall'art. 322-ter dello stesso codice. Il profitto a cui fa riferimento l'art. 240, comma 1 c.p., deve essere identificato col vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato e si contrappone al "prodotto" e al "prezzo" del reato. Il prodotto è il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato; il prezzo va individuato nel compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito».
Va ricordato che, in caso di concussione (come si ricorderà, reato monosoggettivo), destinatario della confisca ex art. 322-ter, comma 1 c.p. non può che essere, unicamente, il pubblico agente con il suo patrimonio. Benché, in tal caso, Mevio non avrebbe ragione di preoccuparsi, si osserva, incidentalmente, che secondo la giurisprudenza in tali casi la confisca (appunto ex art. 322-ter, comma 1 c.p.) può avere ad oggetto sia il prezzo sia il profitto ma, se disposta per equivalente, sulla base del tenore letterale della norma, può avere ad oggetto solo il prezzo (cfr. ancora Cass., sez. un. 25.6.2009, cit.; anteriormente, cfr. Cass. pen., sez. VI, 11.2.2009, n. 10679, in C.E.D., rv. 243240; Cass. pen., sez. VI, 13.3.2006, n. 12852, in C.E.D., rv. 233742; Cass. pen., sez. VI, 13.3.2006, n. 17566, in C.E.D., rv. 234505; successivamente, cfr. Cass. pen., sez. VI, 17.3.2010, n. 12819, in C.E.D., rv. 246691).

Nel caso di corruzione (reato, invece, a concorso necessario), anche il patrimonio del corruttore può e deve essere aggredito, segnatamente alla ricerca – e alla "neutralizzazione" – del profitto: ciò in forza dell'art. 322-*ter*, comma 2, c.p. Tale circostanza merita di essere ricordata perché, se nei fatti esposti da Mevio si ravvisasse il delitto di corruzione, occorrerebbe determinare i vantaggi diretti (i "profitti") in concreto percepiti da Mevio attraverso il reato. Nel caso in cui si ritenga (come appare probabile) che Mevio abbia ricavato non vantaggi personali, bensì, unicamente, quello consistente nella prosecuzione del progetto di ristrutturazione, di cui ha evidentemente beneficiato la società AZ, sia consentito rinviare alla terza parte del presente parere, ove si esaminano le possibili conseguenze negative per la persona giuridica, derivanti dall'accertamento del reato.
Una volta stabilito l'ambito oggettivo e soggettivo della confisca *ex* art. 322-*ter* c.p., una ultima, ma importante precisazione deve essere fatta.
Ev infatti frequentissimo che la misura ablatoria sia anticipata, in pendenza del procedimento penale per concussione o corruzione, da misure di assicurazione reale (sequestro preventivo) ex art. 321 c.p.p. In tali casi la giurisprudenza precisa che «il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, anche se l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso» (Cass. pen., sez. V, 3.2.2010, n. 10810, in C.E.D., rv. 246364; sul punto cfr. anche Cass. pen., sez. II, 9.7.2010, n. 34505, in DeJure on line, nonché G.I.P. c/o Trib. Milano, 18.1.2010, in Foro ambrosiano, 2010, 1).

***

La risposta al secondo quesito sarà indubbiamente più breve e maggiormente certa.
Mevio può venire in ogni momento a conoscenza di eventuali procedimenti a suo carico, di cui magari abbia avuto sentore in via totalmente ufficiosa, interrogando *ex* art. 335, commi 3 e 3-*bis* c.p.p., il Registro Generale tenuto presso la Procura di riferimento.
La normativa in discorso non era coeva al codice di rito del 1988, ma è stata introdotta con la legge n. 335 del 1995 proprio al fine di consentire agli interessati di verificare, in ogni tempo, la propria condizione di fronte alla giustizia penale.
A fronte della richiesta del privato, la segreteria della Procura della Repubblica, ai sensi dell'art. 110-*bis* disp. att. c.p.p., ha due alternative: comunicare le iscrizioni a carico esistenti o, viceversa, comunicare che «non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione».
Proprio per questa ragione la norma prodotta risulta frutto di un bilanciamento.
Da un lato, una cerchia di reati, ritenuti particolarmente gravi, risulta *ex ante* ed in astratto opaca ad ogni forma di comunicazione. Ciò risulta palese dall'art. 335, comma 3, c.p.p., che nel consentire l'accesso informativo, esclude i reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. I delitti di concussione e corruzione, per quanto gravi, non rientrano però in tale elenco. Dall'altro lato, ed aldilà dell'astratto *nomen iuris*, il pubblico ministero, qualora stia perseguendo delle piste investigative che necessitino di ulteriore sviluppo, può, a fronte dell'interrogazione del privato, opporre il segreto investigativo, ma in un'ottica in concreto: una tantum e per non oltre tre mesi (art. 335, comma 3-*bis*, c.p.p.).
Pertanto Mevio deve sapere che, se effettua una richiesta ai sensi della normativa indicata, l'esito potrebbe essere duplice. Qualora la segreteria della Procura comunichi delle iscrizioni a carico (indicando norma, data e luogo relativi alla violazione), è evidente che la richiesta

avrà sortito lo scopo conoscitivo cui tendeva e la scrivente difesa dovrà e potrà, accordandosi con Mevio, programmare ogni azione difensiva idonea a salvaguardarne le posizioni; qualora, viceversa, la segreteria comunichi che non risultano «iscrizioni suscettibili di comunicazione», il consiglio sarà, evidentemente, quello di riproporre analoga istanza a distanza di tre mesi, per esser certi che l'assenza di iscrizioni a carico sia effettiva e non frutto di "oscuramento" investigativo.

***

Vanno da ultimo esaminate, ma non certo perché meno importanti, le possibili conseguenze di quanto sin qui detto per l'ente, in questo caso per la società AZ da cui Mevio dipende. Nel 2001 il legislatore, anche in esecuzione di specifici obblighi internazionali, si è finalmente risolto a superare il noto brocardo secondo cui *societas delinquere non potest*, introducendo una forma di responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi nel suo interesse od a suo vantaggio: ne è nato così il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Ed in effetti sin dall'inizio concussione e corruzione hanno figurato nel catalogo dei reati presupposti da cui può scaturire la responsabilità, ambiguamente definita come amministrativa, dell'ente (cfr. art. 25 D.Lgs. n. 231 del 2001; il catalogo è stato progressivamente ampliato da successivi interventi legislativi, ad esempio sino a prevedere la responsabilità dell'ente anche per reati colposi: cfr. art. 25-septies D.Lgs. n. 231 del 2001).

La prima ed indefettibile sanzione che consegue all'accertamento della responsabilità amministrativa da reato in capo all'ente è la sanzione pecuniaria (cfr. anche l'art. 10, comma 1 D.Lgs. n. 231 del 2001: «per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria»), variabile a seconda della gravità dei fatti: nel caso di corruzione impropria, si applicano fino a duecento quote (art. 25, comma 1, D.Lgs. n. 231 del 2001); nel caso di corruzione propria, da duecento a seicento quote (art. 25, comma 2, D.Lgs. n. 231 del 2001); nel caso, infine, di concussione, da trecento a ottocento quote (art. 25, comma 3, D.Lgs. n. 231 del 2001). Si ricordi che «l'importo di una quota va da un minimo di € 258 ad un massimo di € 1.549» (art. 10, comma 3, D.Lgs. n. 231 del 2001).

Accanto alla sanzione pecuniaria, nei casi di corruzione propria e di concussione, si applicano anche le sanzioni interdittive, che sono previste dall'art. 9, comma 2, D.Lgs. n. 231 del 2001 (l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi) e che si applicano secondo i criteri posti dall'art. 14 D.Lgs. n. 231 del 2001.

Va detto che il sistema congegnato dal legislatore non persegue o comunque non privilegia la mera risposta repressiva. Una volta aperto il procedimento, l'ente ha svariati strumenti per evitare e soprattutto per mitigare le sanzioni, che potranno essere oggetto di futuro, separato esame, ove necessario (cfr., almeno, art. 5, comma 2, art. 6, art. 7, art. 12, art. 17, art. 65 ed art. 78 D.Lgs. n. 231 del 2001).

La terza ed ultima sanzione è invece indefettibile: «nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in

buona fede» (art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 231 del 2001; cfr. anche art. 6, comma 5, medesimo D.Lgs.). La confisca può anche essere disposta per equivalente («quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato»: art. 19, comma 2, D., Lgs. n. 231 del 2001).
Sui caratteri della confisca in discorso si è diffusamente soffermata la Corte di cassazione, con una recente sentenza a sezioni unite (Cass. pen., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, in *Riv. pen.*, 2008, 1000; in dottrina cfr., anche per gli opportuni richiami, Lorenzetto, «Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente», in *Cass. pen.*, 2010, 4276), che ha avuto il pregio di porre alcuni punti fermi dai quali l'interprete non può prescindere. Segnatamente:

– «in tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso». Secondo la Corte, la persona fisica autrice del reato e la persona giuridica sono da considerare concorrenti ai sensi dell'art. 110 c.p. in quanto il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità di quella giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antigiuridico e colpevole (Cass. pen., sez. un., cit.);

– «la vigente normativa italiana affida all'interprete il compito d'individuare il contenuto e la portata dell'oggetto della confisca e in questo senso il profitto del reato va inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico. Il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto ai sensi degli artt. 19 e 53 D.Lgs. n. 231 del 2001 nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente» (Cass. pen., sez. un., cit.).

Nel fare applicazione degli appena riportati insegnamenti al caso di specie, occorre – ancora una volta – esaminare separatamente i delitti di concussione e di corruzione.
Nel caso in cui nei fatti esposti da Mevio si ritenga configurabile una concussione, nessuna conseguenza negativa dovrebbe derivare per l'ente. Come, sul piano strettamente penale, la concussione è reato monosoggettivo e Mevio ne risulta anzi essere la vittima, così, nell'ambito del microsistema di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, l'ente non può ritenersi responsabile di un reato che non è stato in alcun modo commesso da un suo dipendente (art. 5 D.Lgs. n. 231 del 2001).
Opposte sono, invece, le conclusioni nel caso di corruzione: qui l'armamentario sanzionatorio, illustrato sopra, risulta applicabile nella sua interezza.

Traccia per la redazione di ricorso per cassazione

(Segue da traccia precedente)
Nei confronti di Mevio viene effettivamente aperto un procedimento penale per corruzione; contestualmente, viene aperto anche un procedimento ai sensi dell'art. 25 D.Lgs. n. 231 del 2001 nei confronti della società AZ.
All'esito del dibattimento, celebrato cumulativamente contro Mevio e contro la società, il giudice di primo grado assolve l'imputato e l'ente con formula ampiamente liberatoria. La pubblica accusa però interpone gravame e la Corte d'appello, in totale riforma della sentenza di primo grado, emette sentenza di condanna sia nei confronti di Mevio, per corruzione propria (condannandolo alla pena di anni tre di reclusione), sia della società AZ.
Quest'ultima, in particolare, che aveva predisposto uno specifico modello organizzativo solo dopo l'inizio del procedimento penale, viene ritenuta responsabile per l'illecito amministrativo da reato e condannata al pagamento di 400 quote, nonché al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione per anni uno; la Corte dispone la confisca per equivalente, del profitto del reato, individuato nell'importo complessivo dei lavori di ristrutturazione (circa 2 milioni di euro).
La Corte distrettuale giunge alla declaratoria di responsabilità di Mevio utilizzando le intercettazioni disposte esclusivamente in via d'urgenza dal P.M. nel procedimento penale a carico di Sempronio (giudicato separatamente anche per altri episodi corruttivi), nonché le dichiarazioni di Sempronio stesso che, rifiutatosi di rispondere nel dibattimento a carico di Mevio, in sede di indagini aveva invece dichiarato di aver ricevuto da questi, in cambio del suo interessamento, il 2% del valore della ristrutturazione.
Viceversa, la Corte non dà credito alle dichiarazioni di Mevio, che, negando l'addebito, in dibattimento ha ampiamente narrato come, intimorito dalle richieste e dal tono palesemente minaccioso di Sempronio, avesse aderito esasperato alle sue richieste, soprattutto nel timore di perdere il posto.
In dibattimento è stato escusso anche Caio che, quale testimone a difesa, ha riferito di ricordare che a suo tempo Mevio gli aveva confidato di essere stato impaurito e spaventato da Sempronio e di aver consentito alle sue richieste nel timore di perdere il posto appena ottenuto presso la società AZ.
Assunte le vesti del legale della società AZ interponete ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte territoriale.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Rispetto al parere *pro veritate* appena redatto su richiesta di Mevio, i nuovi elementi di fatto costringono ad un balzo temporale sino ad una fase avanzata del processo di merito.
Si sono svolti ben due gradi di giudizio, l'ultimo dei quali, peraltro, conclusosi in modo nettamente sfavorevole per Mevio e per la società da cui dipende.
La traccia impone ora di assumere le vesti non dell'imputato, bensì dell'ente sottoposto a processo, il che comporta uno sforzo di attenzione, per così dire, doppio: l'ente, infatti, in funzione difensiva può (e deve) pretendere il rispetto non solo delle regole di accertamento relative

all'illecito amministrativo, ma anche di quelle relative all'accertamento della responsabilità penale (se non vi è responsabilità penale, non vi è nemmeno quella amministrativa dell'ente).
Ciò che si richiede di stendere, però, è un ricorso per cassazione che, anche nella reale pratica forense, rappresenta senza alcun dubbio l'atto processuale penale dalla maggior difficoltà. Da un lato, la presenza dell'art. 111, comma 7, Cost. («contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge») rende il ricorso per cassazione una sorta di naturale "terzo" grado di giudizio per gli imputati (e, quindi, per gli enti sottoposti a processo). Dall'altro lato, il giudice di cassazione è giudice di mera legittimità e l'art. 606 c.p.p. elenca i casi tassativi che fanno del ricorso un mezzo d'impugnazione c.d. a critica vincolata (anche a seguito delle modifiche introdotte nel testo della norma dalla legge n. 46 del 2006, c.d. Legge Pecorella).
Saper tradurre la materia di giudizio, venutasi formando nei gradi di merito, in uno dei cinque motivi di ricorso, in modo da sottoporla all'attenzione della Corte, evitando premature declaratorie di inammissibilità, deve essere l'abilità del difensore.

Norme da considerare nella redazione del ricorso

Vanno ovviamente richiamate in questa sede tutte le norme già oggetto di esame in sede di redazione del parere a favore di Mevio.
In un sistema, quale quello delle impugnazioni, governato dal principio di tassatività (art. 568, comma 1 c.p.p.), e benché la traccia sia chiarissima nell'indicare che occorre procedere alla proposizione di un *ricorso per cassazione*, occorre comunque chiedersi quali norme conferiscano tale legittimazione all'ente.
La risposta sta nell'art. 71 D.Lgs. n. 231 del 2001.

Art. 71 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Impugnazioni delle sentenze relative alla responsabilità amministrativa dell'ente.
1. Contro la sentenza che applica sanzioni amministrative diverse da quelle interdittive l'ente può proporre impugnazione nei casi e nei modi stabiliti per l'imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo.
(omissis)

Poiché, pertanto, avverso le sentenze in materia di libertà personale, anche e naturalmente d'appello, l'imputato può sempre proporre ricorso per cassazione (art. 111, comma 7 Cost.) e poiché il concetto è ulteriormente ribadito e specificato all'art. 606, comma 2 c.p.p., l'ente è sicuramente legittimato a presentare il ricorso.
Non paia un fuor d'opera riportare, ora, i casi di ricorso: è senz'altro doveroso conoscere perfettamente le cinque – si sottolinea, le uniche cinque – strade che le parti hanno per presentare le loro doglianze alla Suprema corte.

Art. 606 c.p.p. Casi di ricorso.
1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi:
a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri;

b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale;
c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza;
d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2;
e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame.
(omissis)

Questo in generale. Nello sviluppo del ricorso, come subito si vedrà, saranno invocate anche altre norme processuali (in materia di intercettazioni e di letture): ma saranno debitamente segnalate.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Va premesso che la legittimazione ad impugnare dell'ente concerne, ovviamente, il solo capo di condanna nei suoi confronti. L'osservazione, apparentemente banale, si salda con quanto detto poco sopra, sul doppio sforzo di attenzione richiesto nella redazione dell'atto. Ed in effetti, come subito si vedrà, l'assoluzione dell'ente potrebbe derivare, tra l'altro, dall'accoglimento di una serie di censure riguardanti il processo penale a carico della persona fisica Mevio. Occorrerà pertanto precisare che si impugna non solo il capo relativo alla società ma – nei limiti dell'interesse di questa – anche il capo di condanna della persona fisica Mevio. Come abitudine, si suggerisce sempre, nel redigere un atto di impugnazione, di premettere allo sviluppo dei motivi un capitolo introduttivo, dedicato a "Fatto e svolgimento del processo", in cui esporre, a beneficio non solo del giudice ma anche di sé stessi, la cronistoria dei fatti e la sintesi dello snodo processuale. Non un pedissequo riassunto ma una prima scrematura delle circostanze cui si vuole successivamente dar rilievo nella proposizione dei motivi.
Quanto a questi ultimi, il criterio generale di massima (ma, proprio per questo, suscettibile di deroghe) è quello di anteporre i motivi deducenti violazioni processuali a quelli deducenti la violazione della legge penale sostanziale.
Infine, le conclusioni, che nel caso di ricorso per cassazione debbono comunque essere sempre rispettose dell'ampio margine di discrezionalità che la Suprema corte ha nel trattare le conseguenze dell'accoglimento del ricorso: si legga, in quest'ottica, l'art. 620, comma 1, lett. l), c.p.p.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Rispetto a tutto quanto quello che già s'è detto in sede di stesura del parere, vi sono degli *input* fattuali che non possono non attirare l'attenzione del lettore.
In ordine di "emersione", si consideri almeno che:

1) la società AZ ha adottato un modello organizzativo, sia pure *post factum*;
2) la confisca è stata parametrata all'importo complessivo dei lavori di ristrutturazione;
3) le intercettazioni utilizzate dalla Corte sono state disposte in altro procedimento e sulla base del mero provvedimento autorizzativo d'urgenza del P.M.;
4) le dichiarazioni di Sempronio, utilizzate dalla Corte, non si sono formate nel dibattimento (ché anzi, Sempronio in quella sede si è rifiutato di rispondere), ma in indagini;
5) agli atti consta una importante deposizione del teste Caio.

Individuazione delle fattispecie di rilievo. Opzioni difensive a disposizione.

Le circostanze sopra messe in evidenza, unitamente a quelle già precedentemente note (perché apprese in sede di redazione del parere) devono andare a supportare specifiche istanze difensive; nel presente caso, specifici motivi di ricorso.

Sempre ricordando che – almeno nel presente caso – appare utile anteporre i motivi di rito a quelli di merito, occorre considerare:

- in primo luogo, che le intercettazioni utilizzate dalla Corte sono, in realtà, inutilizzabili e devono pertanto essere espunte dal materiale di giudizio;
- in secondo luogo, che il verbale di dichiarazioni rese da Sempronio, utilizzato dalla Corte, è parimenti inutilizzabile e deve seguire la stessa sorte;
- in terzo luogo, che il corredo probatorio fa propendere per la qualificazione dei fatti in termini di corruzione, non di concussione, con tutto quel che ne deriva per quanto riguarda il trattamento di Mevio e dell'ente (questione già approfondita in sede di parere);
- in quarto luogo, che non si può comunque non tenere in considerazione l'adozione da parte della società AZ, sia pure *post factum*, di un modello organizzativo, ai fini di attenuare il trattamento sanzionatorio nei suoi confronti;
- in quinto ed ultimo luogo, che la determinazione del *quantum* confiscabile appare arbitraria ed anzi contraria ai più recenti arresti proprio della Suprema Corte.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere. Schema dell'atto

Per quanto riguarda le fonti di dottrina e di giurisprudenza, si rinvia al corposo materiale già indicato nella prima parte, ai fini della redazione del parere.

Ora si deve piuttosto fornire lo schema dell'atto da redigere.

1. *Epigrafe dell'atto*: contenente, *ex* artt. 581 e 591 c.p.p., il giudice cui l'impugnazione è diretta (la Corte di cassazione), l'indicazione della parte impugnante e del suo difensore (che, si ricorda, deve essere difensore abilitato alla difesa avanti le giurisdizioni superiori!), gli estremi dell'atto che si impugna (la sentenza d'appello), e precisamente l'indicazione dei capi e dei punti sottoposti a censura.
2. *Fatto e svolgimento del processo*: parte dell'atto contenente appunto la narrazione dei fatti rilevanti per il successivo svolgimento dei motivi.
3. *Motivi di diritto*: lo sviluppo vero e proprio dei motivi, ciascuno per separato e con numerazione progressiva.
4. *Conclusioni*: in cui si formula il *petitum* alla Corte. Le conclusioni possono essere anche articolate e rispecchiano, come si vedrà, i motivi proposti.

Svolgimento dell'atto per esteso

Alla Suprema Corte di Cassazione - Roma
Ricorso
ex artt. 71 D.Lgs. n. 231 del 2001 e 606 c.p.p.

Il sottoscritto avvocato <.....> del Foro di <.....>, con studio in <.....>, patrocinante in cassazione, difensore della società AZ, come da nomina già versata in atti, sottoposta a processo *ex* D.Lgs. n. 231 del 2001 n. <.....> R.G.

ricorre per cassazione avverso

la sentenza n. <.....> in data <.....> emessa dalla Corte d'Appello di <.....> che, in totale riforma della sentenza di primo grado, dichiarata la responsabilità per il reato di corruzione del dipendente Mevio nel procedimento penale n. <.....>, l'ha condannata alla sanzione pecuniaria di 400 quote, al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione per anni uno ed ha disposto la confisca per equivalente del profitto, determinato nell'importo complessivo dei lavori di ristrutturazione

relativamente ai seguenti capi e punti

- capo relativo alla responsabilità da illecito da reato nei confronti della società AZ;
- nei limiti dell'interesse fatto valere, capo relativo alla condanna del dipendente Mevio per il reato di corruzione;
- ogni altro capo o punto dipendente da quelli impugnati.

***

Fatto e svolgimento del processo

La società AZ è stata tratta a giudizio, sulla base dell'art. 25 D.Lgs. n. 231 del 2001, per rispondere del reato di corruzione ascritto al suo dipendente Mevio.

Secondo l'impostazione accusatoria, Mevio avrebbe consegnato del danaro a Sempronio, dipendente del Comune di <.....>, affinché questi, quale membro della Commissione Edilizia, garantisse il parere favorevole ad un progetto di ristrutturazione edilizia di un immobile di proprietà di AZ, sito in quel Comune, progetto di ristrutturazione che Mevio seguiva personalmente.

Nel corso delle indagini la società AZ, senza che ciò costituisse in alcun modo ammissione dei fatti, si dotava di un idoneo modello organizzativo *ex* art. 12, comma 2, lett. b) D.Lgs. n. 231 del 2001.

Il giudice di primo grado, riconoscendo l'infondatezza dell'accusa, emetteva sentenza di proscioglimento con ampia formula liberatoria, ma la pubblica accusa interponeva appello. Inopinatamente, la Corte d'appello ribaltava il giudizio di primo grado, dichiarando la penale responsabilità di Mevio per il reato di cui all'art. 319 c.p., condannandolo alla pena di anni tre di reclusione, e condannando la società AZ come da dispositivo riportato in epigrafe del presente atto.

In particolare, il giudice di secondo grado perveniva alla declaratoria di responsabilità:

- utilizzando delle intercettazioni telefoniche disposte d'urgenza dal pubblico ministero in un diverso procedimento penale, segnatamente quello a carico di Sempronio (che infatti è stato sottoposto a procedimento separato);

– utilizzando le dichiarazioni di Sempronio, contenute in un verbale di interrogatorio, essendosi lo stesso rifiutato di sottoporsi al contraddittorio dibattimentale.

Infine, nel condannare la società, il giudice di secondo grado riteneva di determinare la misura della confisca nell'importo complessivo dei lavori di ristrutturazione, pari a circa 2 milioni di euro.

Ma tale sentenza è totalmente illegittima e deve essere radicalmente riformata per i seguenti

Motivi

1. Art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p.: inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche per violazione degli artt. 270 e 271 c.p.p.

Con il presente motivo si denuncia la radicale inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche di cui la Corte territoriale ha invece fatto ampio uso nel procedimento penale per pervenire alla condanna di Mevio.

Due sono le violazioni di legge che le inficiano.

1.1. In primo luogo, esse non sono state disposte nel procedimento penale a carico di Mevio, ma in altro e diverso procedimento: quello a carico del pubblico dipendente Sempronio, contro cui si è proceduto separatamente.

Orbene, l'art. 270, comma 1 c.p.p. recita, come noto: «*i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*».

I casi di arresto obbligatorio in flagranza sono descritti all'art. 380 c.p.p.; il reato di corruzione propria, di cui all'art. 319 c.p., non vi rientra, potendo essere al più incluso tra quelli di arresto facoltativo *ex* art. 381 c.p.p.

Ma allora risulta evidente che, in questo caso, l'intercettazione è stata valutata dalla Corte in violazione di un espresso divieto probatorio: «*i risultati delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un reato, poi definito con archiviazione, non sono utilizzabili in riferimento ad altro reato per il quale non sussistano le condizioni di legge per l'autorizzazione alle intercettazioni*» (Cass. pen., sez. III, 25-02-2010, n. 12562, in *C.E.D.*, rv. 246594).

1.2. La seconda violazione è anche più grave.

Come è stato ampiamente dimostrato, le intercettazioni di cui si discute sono state effettuate nel procedimento a carico di Sempronio su mero provvedimento autorizzativo del P.M., ma non sono mai state convalidate dal G.I.P.

Ed invece, «*nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati*».

Non essendo, nel caso di specie, sopravvenuto alcun provvedimento di convalida, si è in presenza di attività intercettativa radicalmente inutilizzabile.

Nessun dubbio può esservi sul fatto che il giudice del processo contro Mevio sia titolato a conoscere violazioni processuali verificatesi in un diverso procedimento (quello a carico di Sempronio): la giurisprudenza lo ammette pacificamente (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 28-10-2010, n. 42006, in *C.E.D.,* rv. 249109).

1.3. L'interesse dell'ente a denunciare le due violazioni processuali di cui sopra, di per sé riguardanti la posizione di Mevio, è di tutta evidenza: venendo meno una decisiva prova a carico, l'affermazione della penale responsabilità di Mevio si rivelerebbe del tutto ingiustificata. Ed una sentenza di proscioglimento, sia pure ai sensi dell'art. 530, comma 2 c.p.p., non può che far venir meno anche la declaratoria di responsabilità amministrativa dell'ente.
1.4. In definitiva, con il presente motivo, si chiede che codesta Suprema corte voglia dichiarare l'inutilizzabilità – che è rilevabile in ogni stato e grado: art. 191, comma 2 c.p.p. – delle intercettazioni telefoniche di cui sopra, con ogni conseguenza di legge e di prassi.

***

2. Art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p.: inutilizzabilità delle dichiarazioni di Sempronio per violazione dell'art. 513, comma 2 c.p.p., nonché degli artt. 111, comma 4, II° periodo Cost. e 526, comma 1-*bis* c.p.p.
La Corte territoriale ha commesso anche un'ulteriore, macroscopica violazione del diritto di difesa di Mevio (e, conseguentemente, anche della società AZ).
2.1. Sempronio, il dipendente pubblico "grande accusatore" di Mevio, presentatosi nel dibattimento di primo grado, si è rifiutato di rispondere alle domande nel contraddittorio delle parti. Sono state pertanto "ripescate" dal fascicolo delle indagini delle sue precedenti dichiarazioni, rilasciate in via unilaterale in indagini al P.M. Su queste dichiarazioni si è basata, in modo decisivo, la condanna da parte della Corte d'appello.
Ma è evidente che esse sono inutilizzabili: l'art. 513, comma 2, III° periodo c.p.p. stabilisce che, in tali casi, «*il giudice dispone la lettura dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni soltanto con l'accordo delle parti*» e né Mevio né tantomeno la società AZ hanno mai prestato un simile consenso!
Inoltre, l'utilizzo di quel verbale in luogo di una rituale deposizione dibattimentale ha violato anche il diritto di Mevio (e della società AZ) di confrontarsi con il proprio accusatore, riconosciuto dalle norme epigrafate, la cui ulteriore violazione conferma la totale inutilizzabilità dell'atto.
2.2. L'interesse della società AZ a dedurre una simile violazione processuale è il medesimo di cui al precedente motivo **1**.
Tale interesse, anzi, risulta rafforzato: se, come pare doveroso alla scrivente difesa, né le intercettazioni, né il verbale di dichiarazioni di Sempronio sono utilizzabili, il castello accusatorio su cui si fonda la pronuncia impugnata viene totalmente meno ed il proscioglimento pieno, tanto per Mevio quanto per la società AZ, diviene doveroso.

***

3. Art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.: violazione degli artt. 317 e 319 c.p. per aver ritenuto configurabile il delitto di corruzione anziché quello di concussione.
Con il presente motivo si censura la grave violazione della legge penale in cui è incorso il giudice di merito.
Senza che ciò costituisca censura di merito, inammissibile nella presente sede di legittimità, si consideri che agli atti, oltre al chiaro esame di Mevio, risulta anche una pacifica deposizione di un testimone terzo ed indifferente alle parti, relativamente alle vere e proprie coazioni, poste in essere da Sempronio, al fine di costringere Mevio alla dazione di danaro.

È evidente che, così stando le cose, non risulta certo configurabile il reato di corruzione, che presuppone che il privato ed il pubblico dipendente concludano un *pactum* illegittimo su un piano di parità, bensì il diverso reato di concussione, in cui la volontà del privato è totalmente forzata dall'agente, che fa leva sulla sua posizione di supremazia (giurisprudenza costante: cfr., recentemente, Cass. pen., sez. VI, 5.10.2010, n. 38650, in *C.E.D.*, rv. 248522). Conseguentemente, Mevio non è certo correo, bensì vittima della condotta di Sempronio, come lo è anche la società AZ, nei cui confronti nessuna delle statuizioni adottate può essere confermata.

***

4. Art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p.: violazione degli artt. 12, 13 e 17 D.Lgs. n. 231 del 2001 in materia di determinazione della sanzione pecuniaria e di quella interdittiva.

Per mero scrupolo defensionale, qualora i precedenti motivi non dovessero trovare accoglimento, si porta all'attenzione di codesta Ecc.ma Corte la pacifica circostanza dell'avvenuta adozione di un modello organizzativo da parte della società AZ già nel corso delle indagini. Ciò deve portare, quantomeno, a mitigare la sanzione pecuniaria applicata nella misura della metà, ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. b) D.Lgs. n. 231 del 2001, nonché a ripensare la effettiva necessità di applicare la sanzione interdittiva, ai sensi degli artt. 13 e 17 D.Lgs. n. 231 del 2001. Incomprensibilmente ciò non è stato fatto dal giudice di merito, per cui si chiede che codesta Ecc.ma Corte voglia dare le opportune istruzioni al giudice del rinvio in tal senso.

***

5. Art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p.: violazione dell'art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001 in materia di confisca del profitto.

In ogni caso, la confisca disposta dal giudice di merito appare totalmente illegittima nel *quantum*. Anche nel caso in cui si ritenga integrato il reato di corruzione, infatti, la confisca *ex* art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001 deve avere ad oggetto unicamente il profitto del reato.

Esso è stato determinato, con la sentenza che qui si impugna nell'importo complessivo dei lavori di ristrutturazione (circa 2 milioni di euro).

A fronte di un intenso dibattito dottrinale e del formarsi di orientamenti giurisprudenziali non sempre coerenti, sul punto di una corretta definizione del concetto di profitto, nella norma indicata in epigrafe, si è finalmente pronunciata codesta Ecc.ma Corte a sezioni unite, *statuendo che «il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto, ai sensi degli art. 19 e 53 del D.Lgs. n. 231 del 2001, nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente»* (Cass., sez. un., 27-03-2008, n. *26654,* in *Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1738).*

Come noto, nella diatriba tra chi propugnava l'adesione ad una nozione di profitto quale ricavo complessivamente percepito dall'ente attraverso il reato (c.d. Bruttoprinzip, principio del lordo), ed un'altra, più restrittiva, di vantaggio patrimoniale derivante dall'illecito al netto delle spese sostenute per il suo conseguimento (c.d. Nettoprinzip, principio del netto), la Suprema corte ha sì aderito al primo orientamento, ma con alcuni fondamentali *distinguo*.

Il primo è, appunto, l'esigenza, espressamente rimarcata, che il vantaggio da confiscare si ponga in rigido collegamento di derivazione causale dal reato.
Il secondo riguarda la distinzione tra "reati contratto" e "reati in contratto". La prima figura ricorre quando la stessa stipulazione del contratto costituisce reato, da ciò derivando che «*il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile* a confisca». Se, invece, il reato «*va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale*» ("reato in contratto"), il negozio è assolutamente lecito e efficace tra le parti, generando una serie di costi di esercizio di cui il giudice deve tenere conto nella determinazione del *quantum* confiscabile.
Non così, invece, nel caso di specie, in cui il giudice di merito ha ritenuto di assoggettare a sequestro un importo pari al valore lordo della ristrutturazione, senza tenere conto degli inevitabili costi da sostenere.
La confisca – sempre che la si voglia mantenere – andrà dunque drasticamente ridotta nel proprio ammontare.

***

Per i sovrastanti motivi, il sottoscritto difensore

chiede

che codesta Ecc.ma Corte, in accoglimento del ricorso e previa declaratoria di inutilizzabilità degli atti segnalati, voglia annullare la sentenza impugnata, con ogni conseguente statuizione di legge e di prassi.
Luogo, data

Avv. <.....>

Le sentenze in evidenza

Il cuore della presente traccia – e ciò che nella "vita reale" spesso interessa di più, specie quando si versa, come nel caso di specie, in tema di *white collar crimes* – è dato dalle conseguenze patrimoniali della condotta: nel caso di specie dall'estensione della confisca *ex* artt. 322-*ter* c.p. e 19 D.Lgs. n. 231 del 2001.
Nella presente sezione si ritiene, pertanto, di cogliere l'occasione per segnalare due pregevoli e recentissime sentenze della Suprema corte, a sezioni unite, che fanno il punto sull'istituto della confisca, e che (aldilà della loro condivisibilità) contengono il decalogo per superare moltissimi problemi applicativi.

Corte di Cassazione, Sez. Un. pen., 25 giugno 2009, n. 38691

Misure cautelari - Reali - In genere - Sequestro funzionale alla successiva confisca "per equivalente" di cui all'art. 322-ter comma primo cod. pen. - Oggetto - Equivalente del profitto - Legittimità - Esclusione - Fattispecie in tema di peculato.

In tema di peculato, il sequestro preventivo, funzionale alla confisca "per equivalente" disciplinata dall'art. 322-*ter*, comma primo cod. pen., può essere disposto, in base al testuale tenore della norma, soltanto per il prezzo e non anche per il profitto del reato.

Per il testo integrale della sentenza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Corte di Cassazione, Sez. Un. pen., 27 marzo 2008, n. 26654

Sequestro preventivo funzionale alla confisca - Oggetto del sequestro - Concezione estensiva.

Il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto – ai sensi degli artt. 19 e 53 D.Lgs. n. 231/2001 – nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto della effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente.

***

Responsabilità amministrativa degli enti - Sequestro preventivo e confisca - Responsabilità concorsuale - Disciplina.

In tema di responsabilità amministrativa degli enti, in caso di responsabilità concorsuale, riguardante una pluralità di enti coinvolti nella medesima vicenda, la confisca del profitto del reato, applicandosi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente, può riguardare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato (entro logicamente i limiti quantitativi dello stesso), senza che rilevi il riparto interno del relativo onere tra i concorrenti, che costituisce fatto interno a questi ultimi. Per l'effetto, il sequestro preventivo finalizzato alla successiva confisca deve essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti.

Per il testo integrale della sentenza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

3. Delega di funzioni

(di Stefano Marcolini)

Traccia per la redazione del parere

Il 28 luglio 2010, durante un'operazione di scavo in un cantiere edile, Tizio, di professione muratore, viene investito da una frana mentre si trova a lavorare in una buca e muore sul colpo. In relazione all'episodio vengono subito indagati dal pubblico ministero, per il delitto di cui all'art. 589, comma 2 c.p. (omicidio colposo aggravato), nonché per le contravvenzioni di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 81/2008 in relazione all'art. 55, comma 5, lett. c) del medesimo D.Lgs. (violazione dell'obbligo di informazione al lavoratore sui rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta) e di cui all'art. 118 del medesimo D. Lgs., in riferimento all'art. 159, comma 2, lett. a) del medesimo D.Lgs. (violazione delle cautele prescritte in caso di splateamento e sbancamento), Caio, amministratore unico della Alfa S.r.l., impresa edile che procedeva ai lavori, di cui Tizio era dipendente, nonché Sempronio, responsabile del cantiere.
*Ai primi giorni di settembre 2010 si presenta da Voi Caio con in mano una informazione di garanzia ex artt. 369 e 369-*bis *c.p.p., recante l'indicazione delle norme sopra menzionate, e Vi riferisce che, secondo quanto è emerso, la notte prima dell'incidente era piovuto e, quindi, il terreno era particolarmente friabile, ma che l'iniziativa di scendere nella buca è stata presa da Tizio in modo autonomo. Afferma, altresì, che egli, quale amministratore unico della società Alfa, si occupa esclusivamente di questioni commerciali e che, considerate le notevoli dimensioni di detta società, nonché il fatto che essa gestisce più cantieri, le questioni connesse alla sicurezza di quello specifico cantiere erano da lui state delegate proprio a Sempronio, dipendente di fiducia, nominato responsabile del cantiere proprio in quanto fornito di provata esperienza nel settore. Non esiste però una delega scritta, basandosi il rapporto unicamente sugli ottimi rapporti personali.*
Ciò premesso, Caio Vi chiede un parere in ordine alla sua posizione.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione di un qualsiasi parere esige una preventiva e preliminare attività di analisi, da parte del candidato, volta alla individuazione dei punti problematici e delle argomentazioni da sviluppare, a partire dalle sollecitazioni, in diritto ed in fatto, offerte dalla traccia.
Quella appena riportata conduce ad esaminare i più classici – ma non per questo meno attuali – problemi del diritto penale del lavoro: la delega delle funzioni all'interno dell'impresa, che rappresenta il cuore del parere, nonché l'eventuale rilevanza, in funzione di elisione del nesso causale, della colpa concorrente del lavoratore nella causazione dell'evento.

Nel previgente sistema, basato sul D.Lgs. n. 626 del 1994, la risposta ad ambedue i quesiti andava ricercata unicamente nella giurisprudenza e nella dottrina, punti di riferimento imprescindibili in materia. Con l'avvento del nuovo D.Lgs. n. 81 del 2008, almeno la delega di funzioni sembra aver trovato una – restrittiva ma chiara – disciplina legale agli artt. 16 e 17.
Il cliente deve inoltre essere senz'altro avvisato di una ulteriore modifica normativa: l'art. 25-*septies* del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche), inserito dall'art. 9, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 123, e poi sostituito dall'art. 300 del già citato D.Lgs. n. 81 del 2008, prevede la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche anche nei casi di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro. In altre parole, sulla base della disciplina vigente non solo potrebbe scaturire un procedimento penale a carico di Caio per omicidio colposo, ma un connesso procedimento contro la Alfa S.r.l. per la responsabilità amministrativa derivante dal medesimo reato.
Si ricordi il carattere *pro veritate* del parere nonché il "divieto" di elaborare una difesa sulla base di circostanze fantasiose od inventate: ogni argomento difensivo deve passare dalla valorizzazione di dati forniti, noti ed esistenti.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Il punto di partenza per lo svolgimento di ogni parere è costituito dalla ricognizione delle norme rilevanti nel caso sottoposto ad esame.

Art. 589 c.p. Omicidio colposo.
Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.
Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a cinque anni.
(omissis)

Art. 16 D.Lgs. n. 81/2008. Delega di funzioni.
1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:
a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;
b) che il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.
2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.
3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.
3-*bis*. Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate

Art. 17 D.Lgs. n. 81 del 2008. Obblighi del datore di lavoro non delegabili.

1. Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività:

a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;

b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

Art. 36 D.Lgs. n. 81 del 2008. Informazione ai lavoratori.

1. Il datore di lavoro provvede affinché ciascun lavoratore riceva una adeguata informazione:

a) sui rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi alla attività della impresa in generale;

b) sulle procedure che riguardano il primo soccorso, la lotta antincendio, l'evacuazione dei luoghi di lavoro;

c) sui nominativi dei lavoratori incaricati di applicare le misure di cui agli articoli 45 e 46;

d) sui nominativi del responsabile e degli addetti del servizio di prevenzione e protezione, e del medico competente.

2. Il datore di lavoro provvede altresì affinché ciascun lavoratore riceva una adeguata informazione:

a) sui rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia;

b) sui pericoli connessi all'uso delle sostanze e dei preparati pericolosi sulla base delle schede dei dati di sicurezza previste dalla normativa vigente e dalle norme di buona tecnica;

c) sulle misure e le attività di protezione e prevenzione adottate.

3. Il datore di lavoro fornisce le informazioni di cui al comma 1, lettera a), e al comma 2, lettere a), b) e c), anche ai lavoratori di cui all'articolo 3, comma 9.

4. Il contenuto della informazione deve essere facilmente comprensibile per i lavoratori e deve consentire loro di acquisire le relative conoscenze. Ove la informazione riguardi lavoratori immigrati, essa avviene previa verifica della comprensione della lingua utilizzata nel percorso informativo.

Art. 55 D.Lgs. n. 81 del 2008. Sanzioni per il datore di lavoro e il dirigente.

1. È punito con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro il datore di lavoro:

a) per la violazione dell'articolo 29, comma 1;

b) che non provvede alla nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera b), o per la violazione dell'articolo 34, comma 2.

2. Nei casi previsti al comma 1, lettera a), si applica la pena dell'arresto da quattro a otto mesi se la violazione è commessa:

a) nelle aziende di cui all'articolo 31, comma 6, lettere a), b), c), d), f) e g);

b) in aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici di cui all'articolo 268, comma 1, lettere c) e d), da atmosfere esplosive, cancerogeni mutageni, e da attività di manutenzione, rimozione smaltimento e bonifica di amianto;

c) per le attività disciplinate dal Titolo IV caratterizzate dalla compresenza di più imprese e la cui entità presunta di lavoro non sia inferiore a 200 uomini-giorno.

3. È punito con l'ammenda da 2.000 a 4.000 euro il datore di lavoro che adotta il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), in assenza degli elementi di cui all'articolo 28, comma 2, lettere b), c) o d), o senza le modalità di cui all'articolo 29, commi 2 e 3.

4. È punito con l'ammenda da 1.000 a 2.000 euro il datore di lavoro che adotta il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), in assenza degli elementi di cui all'articolo 28, comma 2, lettere a), primo periodo, ed f).

5. Il datore di lavoro e il dirigente sono puniti:

a) con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 750 a 4.000 euro per la violazione degli articoli 3, comma 12-*bis*, 18, comma 1, lettera o), 26, comma 1, lettera b), 43 , commi 1, lettere a), b), c) ed e), e 4, 45, comma 1;

b) con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 1.000 a 4.800 euro per la violazione dell'articolo 26, comma 1, lettera a);

c) con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 1.200 a 5.200 euro per la violazione dell'articolo 18, comma 1, lettere c), e), f) e q), 36, commi 1 e 2, 37, commi 1, 7, 9 e 10, 43, comma 1, lettere d) ed e-*bis*), 46, comma 2; d) con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 1.500 a 6.000 euro per la violazione degli articoli 18, comma 1, lettere a), d) e z) prima parte, e 26, commi 2 e 3, primo periodo. Medesima pena si applica al soggetto che viola l'articolo 26, commi 3, quarto periodo, o 3-*ter*.
e) con l'ammenda da 2.000 a 4.000 euro per la violazione degli articoli 18, comma 1, lettere g), n), p), seconda parte, s) e v), 35, comma 4;
f) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 6.600 euro per la violazione degli articoli 29, comma 4, 35, comma 2, 41, comma 3;
g) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 4.500 euro per la violazione dell'articolo 18 , comma 1, lettere r), con riferimento agli infortuni superiori ai tre giorni, bb), e comma 2;
h) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 1.800 euro per la violazione dell'articolo 18, comma 1, lettere g-*bis*) e r), con riferimento agli infortuni superiori ad un giorno, e dell'articolo 25, comma 1, lettera e), secondo periodo, e dell'articolo 35, comma 5;
i) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ciascun lavoratore, in caso di violazione dell'articolo 26, comma 8; l) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 50 a 300 euro in caso di violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera aa).
6. L'applicazione della sanzione di cui al comma 5, lettera g), con riferimento agli infortuni superiori ai tre giorni, esclude l'applicazione delle sanzioni conseguenti alla violazione dell'articolo 53 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124.

Art. 118 D.Lgs. n. 81 del 2008. Splateamento e sbancamento.

1. Nei lavori di splateamento o sbancamento se previsto l'accesso di lavoratori, le pareti delle fronti di attacco devono avere una inclinazione o un tracciato tali, in relazione alla natura del terreno, da impedire franamenti. Quando la parete del fronte di attacco supera l'altezza di m 1,50, è vietato il sistema di scavo manuale per scalzamento alla base e conseguente franamento della parete.
2. Quando per la particolare natura del terreno o per causa di piogge, di infiltrazione, di gelo o disgelo, o per altri motivi, siano da temere frane o scoscendimenti, deve essere provveduto all'armatura o al consolidamento del terreno.
3. Nei lavori di escavazione con mezzi meccanici deve essere vietata la presenza degli operai nel campo di azione dell'escavatore e sul ciglio del fronte di attacco.
4. Il posto di manovra dell'addetto all'escavatore, quando questo non sia munito di cabina metallica, deve essere protetto con solido riparo.
5. Ai lavoratori deve essere fatto esplicito divieto di avvicinarsi alla base della parete di attacco e, in quanto necessario in relazione all'altezza dello scavo o alle condizioni di accessibilità del ciglio della platea superiore, la zona superiore di pericolo deve essere almeno delimitata mediante opportune segnalazioni spostabili col proseguire dello scavo.

Art. 159 D.Lgs. n. 81 del 2008. Sanzioni per i datori di lavoro e dirigenti.

1. Il datore di lavoro è punito con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro per la violazione dell'articolo 96, comma 1, lettera g); si applica la pena dell'arresto da 4 a 8 mesi o l'ammenda da 2.000 a 8.000 euro se la violazione è commessa in cantieri temporanei o mobili in cui l'impresa svolga lavorazioni in presenza di rischi particolari, individuati in base all'allegato XI; si applica la pena dell'ammenda da 2.000 a 4.000 euro se il piano operativo di sicurezza è redatto in assenza di uno o più degli elementi di cui all'allegato XV.
2. Il datore di lavoro e il dirigente sono puniti:
a) con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro per la violazione degli articoli 97, comma 1, 100, comma 3, 111, commi 1, lettera a), e 6, 114, comma 1, 117, 118, 121, 122, 126, 128, comma 1, 145, commi 1 e 2 e 148;
b) con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 1.000 a 4.800 euro per la violazione degli articoli 108, 112, 119, 123, 125, commi 1, 2 e 3, 127, 129, comma 1, 136, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 6, 140, comma 3, 147, comma 1, 151, comma 1, 152, commi 1 e 2 e 154;

c) con l'arresto sino a due mesi o con l'ammenda da 500 a 2.000 euro per la violazione degli articoli 96, comma 1, lettere. a), b), c), d), e) ed f), e 97, commi 3 e 3-*ter*, nonché per la violazione delle disposizioni del capo II del presente titolo non altrimenti sanzionate;
d) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 1.800 euro per la violazione degli articoli 100, comma 4, e 101, commi 2 e 3.
3. La violazione di più precetti riconducibili alla categoria omogenea di requisiti di sicurezza relativi ai luoghi di lavoro di cui all'allegato XIII, nella parte relativa alle "Prescrizioni per i servizi igienicoassistenziali a disposizione dei lavoratori nei cantieri", punti 1, 2, 3, 4, 5 e 6, e nella parte relativa alle "Prescrizioni per i posti di lavoro nei cantieri" per i punti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, è considerata una unica violazione ed è punita con la pena prevista dal comma 2, lettera c). L'organo di vigilanza è tenuto a precisare in ogni caso, in sede di contestazione, i diversi precetti violati.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Poiché il cliente si rivolge a Voi per un parere "classico", fermo restando che è comunque Vostro compito quello di individuare e lumeggiare i punti di maggior problematicità all'interno del suo racconto, in questo caso l'esposizione, considerata la struttura del reato (fatto tipico, scriminanti, elemento soggettivo, punibilità) può incentrarsi, nell'ordine: sull'integrazione o meno del fatto tipico, con particolare attenzione alla possibile "disconnessione" causale derivante dalla autonoma condotta del lavoratore; sulla successiva individuazione del soggetto responsabile e, in tal sede, sulla rilevanza della delega di funzioni.
Come già accennato, sarà necessario anche un riferimento alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche introdotta dall'art. 9 della legge n. 123 del 2007, dal momento che trattasi di possibile conseguenza dell'accertamento del reato di omicidio colposo: conseguenza che graverebbe sulla società di cui Caio è amministratore.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La traccia appare ricca di elementi fattuali, ciascuno dei quali deve essere naturalmente soppesato nella sua importanza nell'economia del parere complessivo.
In quest'ottica, tre elementi in fatto assumono particolare rilievo.
Il primo è rappresentato dalla pioggia caduta la sera prima del sinistro, che vale a fondare uno specifico rimprovero di colpa per omissione in capo al responsabile (od ai responsabili) della sicurezza del cantiere.
Il secondo è rappresentato, quasi in via speculare al primo, dall'iniziativa autonoma del lavoratore, il quale si è calato nella buca con condotta che si può certamente definire almeno come imprudente.
In terzo ed ultimo luogo, la traccia è molto chiara nello stabilire che la delega di funzioni da Caio a Sempronio, pur esistente, ha forma meramente orale.

Individuazione delle fattispecie di rilievo. Opzioni difensive a disposizione

I nodi problematici posti dalla traccia vanno affrontati in sequenza. L'addebito più grave, ascritto a Caio, è senz'altro rappresentato dall'omicidio colposo (art. 589 c.p.). Ricordando la struttura generale del reato (di ogni reato: fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza ed eventualmente punibilità), le prime riflessioni devono proprio appuntarsi sul fatto tipico.
Pacifico, infatti, l'evento morte, occorre ricordare che esso deve risultare pur sempre collega-

to alla condotta – in questo caso omissiva – da un nesso di causalità. Segnatamente, occorre chiedersi a quali condizioni, in giurisprudenza, il nesso causale tra la situazione colposamente creata dall'imprenditore e il sinistro (consistente nell'evento letale) possa eventualmente venir meno per effetto dell'iniziativa del lavoratore, che ponga in essere una autonoma condotta di per sé contraria alle regole cautelari. Ciò val quanto chiedersi a quali condizioni la condotta autonoma ed imprudente del lavoratore possa integrare una «causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento» (art. 41, comma 2, c.p.).
Esauriti tali aspetti di riflessione, a livello di fatto tipico, né ricorrendo problemi a livello di antigiuridicità, a dover essere scrutinata è la colpevolezza, vale a dire il coefficiente soggettivo di rimproverabilità in capo all'imprenditore Caio per l'evento morte del lavoratore. È evidente, in quest'ottica, il rischio che gli schemi della *culpa in vigilando* vengano a confondersi con le presunzioni proprie della responsabilità per posizione. Proprio in quest'ottica va valorizzato l'esame delle due contravvenzioni ascritte: non solo quali violazioni a sé stanti (la cui modesta gravità non inasprirebbe di molto, a livello sanzionatorio, il riconoscimento della penale responsabilità per la contestazione principale di omicidio colposo), ma proprio quali coefficienti di colpa organizzativa ascritti all'imprenditore.
Una volta scandito per fasi l'esame della fattispecie delittuosa principale (l'omicidio colposo) e delle due satelliti (le due contravvenzioni), l'ultima questione che si suggerisce di affrontare, perché riguarda tutte e tre le fattispecie, è quella della delega di funzioni, su cui letteratura e giurisprudenza sono assai copiose, ma su cui è – finalmente – dato di registrare un deciso intervento legislativo (art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008).

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Sia consentito dividere le fonti dottrinali e giurisprudenziali a seconda dei diversi temi da trattare.
Sul **concorso del lavoratore nella causazione del sinistro:**

Cass. pen., sez. IV, 10.11.2009, n. 7267, in *C.E.D.*, rv. 246695
Il datore di lavoro, destinatario delle norme antinfortunistiche, è esonerato da responsabilità quando il comportamento del dipendente, rientrante nelle mansioni che gli sono proprie, sia abnorme, dovendo definirsi tale il comportamento imprudente del lavoratore che sia consistito in qualcosa radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro (nella fattispecie la Corte ha ritenuto del tutto imprevedibile il comportamento imprudente del lavoratore, addetto all'esecuzione di lavori ad un altezza di sei metri, di utilizzare, per accelerare i tempi di lavorazione, un improprio carrello sollevatore, in luogo del regolare mezzo di sollevamento già impegnato per altri lavori);

Cass. pen., sez. IV, 17.2.2009, n. 15009, in *C.E.D.,* rv. 243208
La responsabilità del datore di lavoro per l'incidente occorso al lavoratore può essere esclusa, per causa sopravvenuta, solo in presenza di un contegno eccezionale od abnorme del lavoratore medesimo, esorbitante cioè rispetto al procedimento lavorativo ed alle precise direttive organizzative ricevute e come tale, dunque, del tutto imprevedibile» (fattispecie in tema di omicidio colposo causato dalla violazione di norme antinfortunistiche, in cui la Corte ha rigettato il ricorso del datore di lavoro non ritenendo abnorme il comportamento del lavoratore che si era messo alla guida di un carrello elevatore nonostante non rientrasse nelle sue mansioni);

Cass. pen., sez. IV, 23.5.2007, n. 25532, in *C.E.D.*, rv. 236991
In tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore faccia venir meno la responsabilità del datore di lavoro, occorre un vero e proprio contegno abnorme del lavoratore medesimo, configurabile come un fatto assolutamente eccezionale, del tutto al di fuori della normale prevedibilità» (fattispecie in tema di omicidio colposo causato dalla violazione di norme antinfortunistiche, in cui la Corte ha rigettato il ricorso del datore di lavoro non ritenendo abnorme il comportamento del lavoratore che aveva rimosso prematuramente due "cristi" che sorreggevano una trave di cemento armato, la cui gettata era di recente esecuzione, rimanendo travolto dal crollo della stessa);

Cass. pen., sez. IV, 29.9.2005, n. 47146, in *C.E.D.*, rv. 233186
Poiché le norme di prevenzione antinfortunistica mirano a tutelare il lavoratore anche in ordine ad incidenti che possano derivare da sua negligenza, imprudenza e imperizia, il comportamento anomalo del lavoratore può acquisire valore di causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento, tanto da escludere la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione, solo quando esso sia assolutamente estraneo al processo produttivo o alle mansioni attribuite, risolvendosi in un comportamento del tutto esorbitante e imprevedibile rispetto al lavoro posto in essere, ontologicamente avulso da ogni ipotizzabile intervento e prevedibile scelta del lavoratore. Tale risultato, invece, non è collegabile al comportamento, ancorché avventato, disattento, imprudente, negligente del lavoratore, posto in essere nel contesto dell'attività lavorativa svolta, non essendo esso, in tal caso, eccezionale ed imprevedibile.

In dottrina, si vedano, anche per ulteriori rinvii:

– AMATO, «Datore non responsabile se l'incidente mortale è causato dall'azione imprevedibile del lavoratore. Il coinvolgimento dell'imprenditore è escluso anche se il gesto rientra nelle mansioni svolte», in *Guida dir.*, 2010, fasc. 12, 103;
– LOMBARDI, «Responsabilità dell'imprenditore per infortunio da mansioni tipiche», in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 258.

Sulla **delega di funzioni,** ancora in generale, la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2008 è assai vasta. Si vedano, tra le più recenti, anche per gli opportuni richiami:

Cass. pen., sez. IV, 13.11.2007, n. 7709, in *C.E.D.,* rv. 238526
La delega rilasciata a soggetto privo di una particolare competenza in materia antinfortunistica e non accompagnata dalla dotazione del medesimo di mezzi finanziari idonei a consentirgli di fare fronte in piena autonomia alle esigenze di prevenzione degli infortuni, non è sufficiente a sollevare il datore di lavoro dai propri obblighi in materia e a liberarlo dalla responsabilità per l'infortunio conseguito alla mancata predisposizione dei necessari presidi di sicurezza;

Cass. pen., sez. IV, 6.2.2007, n. 12794, in *C.E.D.*, rv. 236279
In materia di violazione della normativa antinfortunistica, la sussistenza di una delega di funzioni idonea a mandare esente da responsabilità il datore di lavoro può essere, in effetti, desunta dalle dimensioni della struttura aziendale, ma, a tal fine, si richiede, non solo che si sia in presenza di un'organizzazione altamente complessa in senso proprio, ma anche che esista una comprovata ed appropriata strutturazione della gerarchia delle responsabilità al livello delle posizioni di vertice e di quelle esecutive; a ciò dovendosi comunque aggiungere che tale delega implicita non può esonerare da responsabilità per ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro (in applicazione di tali principi la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza di assoluzione del datore di lavoro fondata dalla Corte di merito sull'asserito trasferimento della posizione

di garanzia del datore di lavoro ad altro soggetto degli obblighi di prevenzione e sorveglianza in azienda di grandi dimensioni senza accertare l'esistenza in concreto di una di una organizzazione aziendale realmente altamente complessa e di un articolato sistema di gerarchia di livello dirigenziale ed intermedio e senza verificare l'estraneità dell'evento letale alle essenziali scelte aziendali in ordine all'organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro);

In particolare, sulle formalità della delega, sempre *ante* 2008:

Cass. pen., sez. IV, 7.2.2007, n. 12800, in *Guida al dir.,* 2007, fasc. 17, 107
In materia di infortuni sul lavoro, ai fini della validità della delega di funzioni con cui il datore di lavoro può trasferire gli obblighi di prevenzione e sorveglianza, con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia, non è essenziale la forma scritta, né è richiesta la prova scritta della delega stessa.
Infatti, non è possibile limitare all'esistenza di un atto scritto la possibilità di dimostrare l'avvenuto trasferimento delle funzioni, fermo restando che è piuttosto arduo che una delega non documentata per iscritto possa essere specifica e individuare con sufficiente precisione sia il soggetto delegato, sia le funzioni al medesimo attribuite (in modo tale da consentire una puntuale ricostruzione dei suoi poteri-doveri e dei relativi limiti). È pertanto ammissibile che il trasferimento delle funzioni sia dimostrato anche tramite una prova diversa da quella documentale, utilizzando il sistema probatorio che il codice di rito mette a disposizione, che non ammette alcuna presunzione di maggiore efficacia di taluni mezzi di prova (come quello documentale) rispetto ad altri. Ciò detto, è il datore di lavoro a essere comunque onerato della prova circa il fatto storico dell'avvenuto conferimento della delega e circa i contenuti e i limiti della delega stessa;

Cass. pen., sez. V, 19.6.2006, n. 38425, in *Guida al dir.,* 2007, fasc. 3, 79
In materia di infortuni sul lavoro, gli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro possono essere delegati, con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia che fa capo al datore di lavoro. Tuttavia, il relativo atto di delega deve essere espresso, inequivoco e certo e deve investire persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento, che abbia accettato lo specifico incarico, fermo comunque l'obbligo per il datore di lavoro di vigilare e di controllare che il delegato usi, poi, concretamente la delega, secondo quanto la legge prescrive;

Cass. pen., sez. IV, 1.4.2004, n. 27857, in *Cass. pen.,* 2005, 3976
In materia di violazione di norme antinfortunistiche, la responsabilità del datore di lavoro può essere esclusa, in caso di delega delle relative funzioni ad altro soggetto, purché tale delega risulti da un atto espresso, inequivoco e certo, che investa persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento, e che abbia accettato lo specifico incarico;

Per quanto concerne la giurisprudenza successiva al D.Lgs. n. 81 del 2008 si vedano:

Cass. pen., sez. IV, 5.2.2010, n. 7691, in *Guida dir.,* 2010, fasc. 14, 75
In tema di normativa antinfortunistica, la delega di funzioni antinfortunistiche rilasciata da parte del datore di lavoro (ora disciplinata dall'art. 16 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, richiedente tra l'altro la forma scritta), anche in precedenza non poteva ritenersi implicitamente presunta dalla ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ai dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa, richiedendo comunque una inequivoca e certa manifestazione di volontà anche dal punto di vista del contenuto, con conferimento al delegato, persona esperta e competente, di poteri di organizzazione, gestione e controllo adeguati agli incombenti attribuiti, nonché di autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate»;

Cass. pen., sez. IV, 11.11.2009, n. 45931, in *Guida dir.*, 2010, Dossier 2, 76
Anche ad ammettere che, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 16 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (che, al comma 1, lett. a), ha previsto espressamente che la delega debba essere conferita per iscritto), non fosse prevista alcuna forma per il rilascio della delega, è comunque da ritenere che dovesse esservi certezza del rilascio e del contenuto della delega, sia per ritenerne l'esistenza che per poterne individuare i contenuti. In questa prospettiva, condivisibilmente in sede di merito si è ritenuta l'inidoneità di una valida ed efficace delega in una fattispecie in cui risultava dimostrato il conferimento, solo verbalmente, di singoli incarichi in materia di sicurezza al preteso delegato, tra l'altro risultato soggetto inidoneo a svolgere l'opera di prevenzione per non avere neppure frequentato corsi di formazione.

In dottrina cfr., almeno:

– Brusco, *La delega di funzioni alla luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, in Giur. merito,* 2008, 2767;
– Crivellin*; La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi,* in *Dir. pen. e proc.,* 2009, 500;
– Levi, *Delega di funzioni e sicurezza nei cantieri,* in *Dir. e pratica lav.,* 2008, fasc. 40, 2282;
– Malavasi, *Responsabilità antinfortunistica nell'ambito di una stabile organizzazione,* in *Il civilista,* 2010, fasc. 7-8, 47;
– Mongillo*, Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo,* in *Cass. pen.,* 2005, 3978.
– Morone*, Delega di funzioni, comportamento negligente del lavoratore infortunato e responsabilità del datore di lavoro (Nota a Cass., sez. IV, 29 febbraio 2008, Radrizzani),* in *Giur. it.*, 2009, 443;
– Ramoni*, Responsabilità penale in tema di sicurezza sul lavoro: la delega di funzioni tra orientamenti giurisprudenziali e riconoscimento legislativo (Nota a Cass., sez. IV, 22 gennaio 2007, Di Paola),* in *Orient. giur. lav.,* 2008, I, 342;
– Vitarelli*, Profili penali della delega di funzioni – L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari,* Giuffrè, Milano, 2008.

Conclusioni

Sulla oggettiva ricorrenza di un sinistro penalmente perseguibile vi è probabilmente poco da dire: il comportamento del lavoratore non può ritenersi talmente anomalo da interrompere il nesso causale e, in effetti, gli elementi fattuali (la pioggia della sera prima doveva indurre a prudenza) e normativi (le puntigliose direttive in materia di sbancamento: art. 118 D.Lgs. n. 81 del 2008) della traccia inducono a ritenere la sussistenza di profili di colpa.
Quanto alla efficacia di una delega orale dal datore (amministratore unico della s.r.l.) al responsabile del cantiere, se ciò lascia impregiudicato l'aspetto della possibile concorrente responsabilità di quest'ultimo, non pare all'opposto poter liberare il primo: la nuova normativa in materia (art. 16 D.Lgs. n. 81 del 2008) appare oltremodo stringente nel richiedere, *inter alia*, la forma scritta per il rilascio di una valida delega.
Infine, sussiste anche la possibilità che l'ente, segnatamente Alfa s.r.l., venga chiamato a rispondere a titolo di responsabilità amministrativa da reato, sulla base dell'art. 25-*septies* del D.Lgs. n. 231 del 2001 (ma poiché trattasi di un microsistema normativo e sanzionatorio autonomo, e la traccia non fornisce dati in ordine alle caratteristiche della società, nulla di più è possibile ed opportuno spingersi a dire).

Svolgimento del parere per esteso

Gentile Cliente, sono stato richiesto di fornirLe un parere in ordine alle conseguenze giuridiche del sinistro mortale verificatosi il 28 luglio 2010 in un cantiere edile della società Alfa, di cui Lei è amministratore unico.
Secondo quanto esposto, nonostante l'insistente pioggia della notte prima, quel giorno l'operaio Tizio, durante delle operazioni di scavo, scendeva in una buca ed ivi si tratteneva per lo svolgimento di alcune operazioni quando, improvvisamente, era investito da una frana e moriva sul colpo.
Responsabile della sicurezza al momento dei fatti era Sempronio, esperto lavoratore nel settore, cui Lei, date le dimensioni della società, i molti cantieri aperti e la conseguente impossibilità di seguirli tutti, aveva delegato, peraltro solo oralmente, la gestione degli aspetti connessi alla sicurezza sul lavoro di quello specifico cantiere.
Premessa questa cornice fattuale, desumibile dalla Sua narrazione, ritengo in primo luogo di dover procedere ad una verifica circa la rilevanza penale o meno dei fatti esposti; solo in caso affermativo, affronterò l'ulteriore questione della loro attribuibilità soggettiva.
L'episodio appare senza dubbio inquadrato, sotto il profilo giuridico, secondo correttezza dalla pubblica accusa.
L'evento morte (art. 589 c.p.) trova, infatti, origine nel mancato apprestamento di quelle cautele che, nell'esecuzione dello scavo, era d'obbligo porre in essere.
Non mi riferisco tanto all'obbligo di informazione sui rischi specifici dell'attività lavorativa svolta, di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 81/2008 in relazione all'art. 55, comma 5, lett. c) del medesimo D.Lgs. (su cui in effetti spetterà alla pubblica accusa fornire qualche elemento in più), ma soprattutto alle cautele da adottare in caso di splateamento e sbancamento, di cui all'art. 118 del medesimo D.Lgs., in riferimento all'art. 159, comma 2, lett. a) del medesimo D.Lgs.
In forza del combinato di queste due ultime norme, simili lavori di scavo, qualora condotti senza l'impiego di mezzi meccanici, devono essere tali, in relazione alla natura del terreno, da impedire franamenti; inoltre, quando per la particolare natura del terreno o per causa di piogge od altri agenti atmosferici, siano da temere frane, occorre provvedere all'armatura o consolidamento del terreno.
È solo il caso di ricordare che, secondo quanto riferitomi, la pioggia della sera antecedente aveva reso il terreno particolarmente franoso, per cui appare difficilmente negabile che, nel caso di specie, si sarebbero dovute adottare cautele atte a consolidare le pareti della buca che, a quanto mi consta dal Suo racconto, non sono invece state apprestate.
Per cui, secondo un meccanismo noto e consolidato, le due fattispecie contravvenzionali contestate (ed insisto specialmente sulla seconda, relativa allo sbancamento di terreni) rilevano non solo in sé, ma anche quali spie o coefficienti di imprudenza ed imperizia che fondano, già su un piano oggettivo, il rimprovero di colpa per l'evento morte cagionato.
Ancora su un piano oggettivo, piuttosto, l'esposizione dei fatti induce a chiedersi se, a cagionare l'evento, abbia concorso anche l'imprudente condotta del lavoratore e, ancor più in radice, se tale condotta sia addirittura tale da interrompere il nesso di causalità tra l'evento morte e le antecedenti condotte colpose di mancata informazione e, soprattutto, di mancato apprestamento delle cautele necessarie nell'opera di escavazione.

Nel fare applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p., secondo cui, come è noto, «le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento», la giurisprudenza afferma – con statuizione ancora del tutto generale – che «una causa sopravvenuta ha efficacia esclusiva quando, inserendosi nella successione delle cause, faccia venir meno ogni legame tra quelle remote e l'evento, sì da porsi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto» (Cass. pen., sez. III, 22.10.2003, n. 15789, Q. c. I., in *Foro it.*, 2004, I, pag. 2182).
Occorre ora applicare tale generale insegnamento allo specifico settore della sicurezza negli ambienti di lavoro.
La giurisprudenza ha specificato, in modo sostanzialmente concorde, che «la responsabilità del datore di lavoro per l'incidente occorso al lavoratore può essere esclusa, per causa sopravvenuta, solo in presenza di un contegno eccezionale od abnorme del lavoratore medesimo, esorbitante cioè rispetto al procedimento lavorativo ed alle precise direttive organizzative ricevute e come tale, dunque, del tutto imprevedibile» (Cass. pen., sez. IV, 17.2.2009, n. 15009, in *C.E.D.*, rv. 243208; è interessante segnalare che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, la Suprema corte ha rigettato il ricorso del datore di lavoro, ritenendo non abnorme il comportamento del lavoratore che si era messo alla guida di un carrello elevatore nonostante non rientrasse nelle sue mansioni; cfr. anche Cass. pen., sez. IV, 10.11.2009, n. 7267, in *C.E.D.*, rv. 246695, che tale abnormità ed imprevedibilità ha ravvisato nella decisione del lavoratore, addetto all'esecuzione di lavori ad un'altezza di sei metri, di utilizzare, per accelerare i tempi di lavorazione, un improprio carrello sollevatore, in luogo del regolare mezzo di sollevamento, già impegnato per altri lavori).
Ritengo che, nel caso di specie, la condotta di Tizio, pur sceso nella buca di propria iniziativa quando invece non avrebbe dovuto farlo o avrebbe dovuto farlo solo dopo che la stessa fosse stata consolidata, sia tutt'altro che imprevedibile, essendo viceversa evitabile attraverso l'esercizio del doveroso potere di controllo e vigilanza sul rispetto delle norme di sicurezza da parte dei lavoratori.
Tale condotta potrebbe al più valere a configurare un concorso di colpa di Tizio, idoneo sul piano civilistico a delimitare eventuali pretese risarcitorie (artt. 2056, comma 1, e 1227 c.c.) ma non su quello strettamente penale ad elidere il nesso di causalità tra l'evento morte e le antecedenti condotte colpose, tipicamente omissive (mancata informazione e, soprattutto, mancato consolidamento del terreno nonché mancato richiamo del lavoratore prima dell'evento) ad altri imputabili.
Per cui, esaurendo la prima parte del parere richiestomi, ritengo di concludere nel senso che si sia in presenza di un fatto tipico, antigiuridico, colpevole e punibile alla luce delle norme citate in premessa.
Segnatamente, ricorre il delitto di omicidio colposo con violazione della normativa in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, che l'art. 589, comma 2, c.p. punisce con la reclusione da due a sette anni, nonché almeno certamente la contravvenzione di cui agli artt. 118 e 159, comma 2, lett. *a)* del D.Lgs. n. 81 del 2008 (omesse cautele in caso di splateamento e sbancamento), mentre per la contravvenzione di cui agli artt. 36, comma 2, lett. *a)* e 55, comma 5, lett. *c)* del medesimo D.Lgs. (omessa informazione al lavoratore) occorrerà evidentemente disporre di qualche elemento di maggior informazione.
Va precisato che l'art. 589, comma 2 c.p. costituisce una circostanza aggravante speciale: pertanto bilanciabile, ex art. 69 c.p., con eventuali attenuanti che ricorrano nel caso di specie, con

possibilità – nel caso di giudizio di equivalenza tra circostanze o di prevalenza delle attenuanti – di applicare la pena base di cui all'art. 589, comma 1 c.p. (reclusione da sei mesi a cinque anni).
Si viene ora alla seconda parte del parere, che impegna ad individuare il soggetto – od i soggetti – cui i fatti sopra descritti debbano essere attribuiti.
In via del tutto preliminare, osservo che il "debitore di sicurezza" per antonomasia è il datore di lavoro che, in una società commerciale, si identifica con la persona munita dei poteri di gestione e di spesa: «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, la posizione di garanzia dell'amministratore delegato di una società, in quanto datore di lavoro, è inderogabile quanto ai doveri di vigilanza e controllo per la tutela della sicurezza, in conseguenza del principio di effettività, il quale rende riferibile l'inosservanza alle norme precauzionali a chi è munito dei poteri di gestione e di spesa» (Cass. pen., sez. III, 19.4.2005, n. 29229, in *C.E.D.*, rv. 232307).
I fatti che mi sono stati riferiti portano ad affrontare la cruciale questione se il debito di sicurezza possa essere delegato, con efficacia liberatoria per il debitore originario delegante, ed a quali condizioni.
La questione della delega all'interno dell'impresa, in funzione esimente da responsabilità penale per il delegante, vanta una risalente e complessa storia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.
Non è qui il caso di ripercorrere le tappe di tale tormentato ordine di riflessioni (se non in minima parte, secondo quanto si dirà); due, per compiutezza, sono gli aspetti che occorre invece indagare.
Il primo aspetto riguarda, prima ancora che Caio, la figura di Sempronio, e porta, sia pure brevemente, a chiedersi se questo, anche solo oralmente investito del compito di organizzare la sicurezza nel cantiere, possa, per ciò stesso ritenersi responsabile dei fatti accaduti.
Le riflessioni della giurisprudenza appaiono improntate, aldilà di ogni formalismo ed anche successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81 del 2008, al principio di effettività: «l'invalidità della delega – in base al principio di effettività – impedisce che il delegante possa essere esonerato da responsabilità ma non esclude la responsabilità del delegato che, di fatto, abbia svolto le funzioni delegate. Il delegato che ritenga di non essere stato posto in grado di svolgere le funzioni delegate (ovvero non si ritenga in grado di svolgere adeguatamente quelle funzioni), per andare esente da responsabilità, deve chiedere al delegante di porlo in grado di svolgerle e, in caso di rifiuto o mancato adempimento, rifiutare il conferimento della delega» (Cass. pen., sez. III, 21.10.2009, n. 44890, in *Diritto & Giustizia on line*; emblematicamente, negli stessi termini, cfr. anche Cass. pen., sez. IV, 27.11.2008, n. 48295, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 8, 82; nel vigore della precedente disciplina cfr. Cass. pen., sez. IV, 20.4.2005, n. 11351, in *C.E.D.*, rv. 233656). Ne deriva che se, in base a quanto mi è stato raccontato, Sempronio, esperto capo cantiere, di fatto e aldilà di formali investiture, esercitava le funzioni delegate da Caio quale responsabile della sicurezza nel cantiere, per ciò stesso dovrà rispondere dei fatti ascrittigli.
Si affronti ora la questione più spinosa e che maggiormente interessa: e cioè a che condizioni la delega abbia efficacia liberatoria per il datore che la conferisce. In altre parole, se, accanto ed in aggiunta a Sempronio, debba rispondere dell'evento anche Lei, quale legale rappresentante posto in posizione apicale nella compagine societaria.
Sia qui consentita, nella stretta misura in cui è necessario, una breve premessa storica.
La giurisprudenza e la dottrina antecedenti al D.Lgs. n. 81 del 2008 richiedevano, per attribuire

efficacia esimente alla delega delle funzioni di vigilanza e controllo in materia di prevenzione degli infortuni, il concorso di determinate condizioni: che l'impresa fosse di grandi dimensioni, che la delega stessa non avesse carattere fraudolento e che, infine, il delegato avesse poteri sufficienti a svolgere efficacemente i compiti affidati, nonché una provata competenza tecnica (cfr., ad es., Cass. pen., sez. IV, 13.11.2007, n. 7709, in *C.E.D.*, rv. 238526; Cass. pen., sez. V, 19.6.2006, n. 38425, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 3, 79; Cass. pen., sez. IV, 22.6.2000, n. 9343, in *C.E.D.*, rv. 216727; in dottrina, cfr. le considerazioni di FIANDACA-MUSCO, Diritto penale – Parte generale, 4° ediz. agg., Zanichelli, 2004, 148-150).

Il rispetto di tali requisiti non avrebbe rappresentato, a mio avviso, un problema nel caso di specie: l'impresa è effettivamente di grandi dimensioni; il delegato alla sicurezza Sempronio, già responsabile del cantiere e persona dotata di esperienza nel settore, appare, da un lato, certamente fornito delle competenze e conoscenze necessarie, nonché, dall'altro, dei correlativi poteri decisori e gestionali necessari all'adozione ed al controllo degli strumenti prevenzionistici; infine non ricorrono – stando almeno alle informazioni che mi sono state fornite – coefficienti di fraudolenza nel conferimento della delega in questione.

Il punto di maggior problematicità si avverte, piuttosto, su di un diverso terreno, quello delle formalità necessarie per il conferimento della delega.

Premesso che il processo penale non conosce il fenomeno delle prove legali, la natura scritta non dovrebbe costituire un requisito *ad substantiam*, bensì solo *ad probationem* dell'eventuale delega conferita, potendo questa essere provata anche a mezzo di testimoni. Nondimeno, secondo un orientamento giurisprudenziale che si può definire "formalista", l'efficacia della delega di funzioni è comunque e sempre subordinata alla forma scritta, che ne precisi contenuto e durata (cfr., ad es., Cass. pen., sez. III, 20.2.2003, in *Guida al diritto*, 2003, fasc. 23, 77).

Il contrapposto orientamento "antiformalista", volto a distinguere i due piani (quello sostanziale e quello probatorio) risulta lucidamente espresso da Cass. pen., sez. IV, 7.2.2007, n. 12800, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 17, 107, secondo cui «in materia di infortuni sul lavoro, ai fini della validità della delega di funzioni con cui il datore di lavoro può trasferire gli obblighi di prevenzione e sorveglianza, con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia, non è essenziale la forma scritta, né è richiesta la prova scritta della delega stessa. Infatti, non è possibile limitare all'esistenza di un atto scritto la possibilità di dimostrare l'avvenuto trasferimento delle funzioni, fermo restando che è piuttosto arduo che una delega non documentata per iscritto possa essere specifica e individuare con sufficiente precisione sia il soggetto delegato, sia le funzioni al medesimo attribuite (in modo tale da consentire una puntuale ricostruzione dei suoi poteri-doveri e dei relativi limiti). È pertanto ammissibile che il trasferimento delle funzioni sia dimostrato anche tramite una prova diversa da quella documentale, utilizzando il sistema probatorio che il codice di rito mette a disposizione, che non ammette alcuna presunzione di maggiore efficacia di taluni mezzi di prova (come quello documentale) rispetto ad altri. Ciò detto, è il datore di lavoro a essere comunque onerato della prova circa il fatto storico dell'avvenuto conferimento della delega e circa i contenuti e i limiti della delega stessa» (cfr. anche, in precedenza, Cass. pen., sez. III, 6.3.2003, in *Cass. pen.*, 2004, 2142, relativamente ad una società esercente numerosi autogrill; Cass. pen., sez. III, 26.2.1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 364, relativamente ad una società che gestiva più supermercati).

Il legislatore è però intervenuto a sopire il contrasto giurisprudenziale, disciplinando in modo

circostanziato l'istituto della delega all'art. 16 del D.Lgs. n. 81 del 2008, e prescrivendo, per quanto qui interessa, che essa debba risultare da atto scritto, recante data certa.
La giurisprudenza successiva all'introduzione di tale norma sembra essersi allineata: «in tema di normativa antinfortunistica, la delega di funzioni antinfortunistiche rilasciata da parte del datore di lavoro (ora disciplinata dall'art. 16 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, richiedente tra l'altro la forma scritta), anche in precedenza non poteva ritenersi implicitamente presunta dalla ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ai dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa, richiedendo comunque una inequivoca e certa manifestazione di volontà anche dal punto di vista del contenuto, con conferimento al delegato, persona esperta e competente, di poteri di organizzazione, gestione e controllo adeguati agli incombenti attribuiti, nonché di autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate» (Cass. pen., sez. IV, 5.2.2010, n. 7691, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 14, 75).
Non resta che prendere atto dello *ius superveniens* del 2008 e, salva una improbabile ultrattività – a fini penali – dell'orientamento antiformalista, concludere per l'inefficacia della delega meramente orale a trasferire il c.d. debito di sicurezza.
Un'ultima questione riguarda la c.d. responsabilità delle persone giuridiche per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. L'art. 25-septies, comma 2 del D.Lgs. n. 231 del 2001 afferma che, proprio in relazione al delitto di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (art. 589, comma 2, c.p.), accanto alle responsabilità personali è prevista la responsabilità amministrativa dell'ente nel cui interesse o vantaggio il reato è stato commesso: in questo caso la società Alfa. Essa potrà andar soggetta, nel concorso dei requisiti previsti dalla legge, ad una sanzione pecuniaria, nonché alle sanzioni interdittive previste dal medesimo D.Lgs. È evidentemente prematuro approntare una difesa in relazione ad un illecito amministrativo non ancora contestato; è bene però considerare, sullo sfondo delle responsabilità penali individuali, anche la questione della eventuale responsabilità amministrativa dell'ente, ai fini di una miglior difesa.
Confido di aver risposto esaurientemente ai quesiti sottopostimi e, rimanendo comunque a disposizione per ogni ulteriore chiarimento si rendesse necessario, anche in ordine alla responsabilità amministrativa della società di cui è amministratore unico, Le invio i miei migliori saluti.

Data, luogo

Avv. <.....>

Traccia per la redazione di atto di costituzione di parte civile

(Segue da traccia precedente)
All'esito di rituali indagini, il pubblico ministero decide di esercitare l'azione penale nei confronti di Tizio e di Caio, mediante deposito di richiesta di rinvio a giudizio.
L'imputazione risulta formulata nei seguenti termini:
Caio, nato a <.....> il <.....> e Sempronio, nato a <.....> il <.....>:

a) del delitto p. e p. dagli artt. 40 cpv., 113, 589, comma 2, c.p., perché in cooperazione tra loro, per negligenza, imprudenza, imperizia, nonché per violazione delle norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro indicate ai capi b) *e* c)*, Caio, quale amministratore unico di Alfa S.r.l., e Sempronio, quale capo cantiere delegato alla sicurezza in forza di delega orale da parte di Caio, cagionavano la morte di Tizio, operaio edile dipendente di Alfa s.r.l., il quale, senza essere adeguatamente avvisato circa i rischi connessi all'attività svolta e senza che fossero fatte osservare le cautele previste in caso di sbancamento di terra, si calava in una buca appena scavata ed ivi veniva investito da una frana improvvisa.*

In <.....> il giorno <.....>

b) della contravvenzione p. e p. dagli artt. 36, comma 2, lett. a) *e 55, comma 5, lett. c) D.Lgs. n. 81 del 2008, perché Caio, quale amministratore unico di Alfa S.r.l., e Sempronio, quale capo cantiere delegato alla sicurezza in forza di delega orale da parte di Caio, omettevano di fornire a Tizio, operaio edile dipendente di Alfa S.r.l., adeguata informazione sui rischi specifici connessi all'attività svolta.*

In <.....> sino al giorno <.....>

c) della contravvenzione p. e p. dagli artt. 118 e 159, comma 2, lett. a) *D.Lgs. n. 81 del 2008, perché Caio, quale amministratore unico di Alfa S.r.l., e Sempronio, quale capo cantiere delegato alla sicurezza in forza di delega orale da parte di Caio, non facevano osservare le cautele prescritte in caso di sbancamento di terreni nel cantiere edile <.....>*

In <.....>, il giorno <.....>

La richiesta di rinvio a giudizio, unitamente all'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, viene notificata, ex *art. 419, comma 1, c.p.p., alla persona offesa, segnatamente a Mevia, la moglie di Tizio. La coppia aveva anche un figlio minore, Tizietto.*

Mevia si presenta da Voi per incaricarVi della costituzione di parte civile nei confronti dei responsabili del decesso del marito, al fine di chiedere il risarcimento dei danni tutti derivanti dal reato.w

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

L'atto di cui ora si suggerisce la redazione impone di cambiare radicalmente la prospettiva: dalla difesa – sia pure attraverso la forma di un parere *pro veritate* – delle ragioni del datore di lavoro, si richiede di assumere il punto di vista della vittima, o meglio delle persone legate alla vittima da un rapporto particolarmente qualificato (coniugio e, come si vedrà, filiazione).

La costituzione di parte civile non è un atto la cui redazione imponga normalmente sforzi creativi particolarmente rilevanti; nondimeno, poiché non di rado la parte civile viene avvertita come un "corpo estraneo" all'interno del processo penale accusatorio, a volte si ha l'impressione che ogni pretesto sia buono per escluderla e per costringerla a far valere le proprie ragioni nella separata sede civile.

Di qui l'importanza di attenersi scrupolosamente al dettato codicistico ed agli insegnamenti giurisprudenziali nel compiere ogni passo necessario all'insinuazione della pretesa civile all'interno del processo penale.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

In generale, rispetto a quelli processuali civili, gli atti processuali penali hanno minori – ma non per questo trascurabili – formalità da osservare.

Questo vale anche per la costituzione di parte civile, la cui redazione non pone problemi rilevanti, dal momento che si tratta di un atto dal contenuto chiuso, normativamente predeterminato dall'art. 78 c.p.p., che richiede, a pena di inammissibilità, l'indicazione delle generalità di chi si costituisce parte civile e di quelle dell'imputato, l'indicazione del difensore e della procura, l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda ed infine la sottoscrizione del difensore.

Nondimeno, alcune osservazioni possono essere ugualmente fatte.

La prima riguarda la legittimazione a costituirsi parte civile: scontata la legittimazione della moglie Mevia, è evidente che sul piano civilistico anche Tizietto vanta una autonoma titolarità al risarcimento del danno derivante dalla morte del padre. Essendo però il minore ancora privo di capacità di agire, è altrettanto evidente che a prendere l'iniziativa deve essere la madre, che agirà secondo una doppia veste: «in proprio e quale esercente la potestà genitoriale su Tizietto».

Dimenticare questo aspetto significherebbe limitare la domanda risarcitoria ai soli danni patiti in proprio da Mevia e, di conseguenza, dover instaurare un dispendioso e separato giudizio civile per il risarcimento del danno riportato da Tizietto.

Una questione strettamente connessa a quella appena esposta riguarda la necessità o meno di una previa autorizzazione del giudice tutelare a Mevia per costituirsi in nome e per conto di Tizietto.

La questione si pone nei seguenti termini: la costituzione di parte civile è un atto di ordinaria amministrazione, tale da poter essere compiuto senz'altro dai genitori, oppure eccede l'ordinaria amministrazione e necessita pertanto dell'autorizzazione da parte del giudice tutelare (art. 320 c.c.)?

La scarna giurisprudenza in materia tende ad escludere una simile conclusione (Cass. pen., sez. VI, 1.10.2007, n. 40719, in *Guida dir.*, fasc. 47, 80; Cass. pen., sez. IV, 7.4.1983, Varvara, in *Cass. pen.*, 1984, 1106), ad eccezione di un caso isolato, in cui si è viceversa affermato che rinunciare al risarcimento o rifiutare l'offerta in nome e per conto del minore è atto che necessita dell'autorizzazione del giudice tutelare (Cass. pen., sez. I, 14.7.1988, Lupo, in *Cass. pen., 1989, 1456).*

Altra questione riguarda non tanto il confezionamento dell'atto in sé quanto la sua sorte una volta pronto: notificarlo fuori udienza o depositarlo in udienza?

Sono note le differenze quanto a scopi ed effetti, qualora si tratti di udienza dibattimentale.

Se la parte civile intende depositare una propria autonoma lista testimoniale *ex* art. 468 c.p.p., deve (dovrebbe) costituirsi fuori udienza, con congruo anticipo rispetto ad essa.

Solo una volta che si sia costituita (art. 78, comma 2, c.p.p.: «se è presentata fuori udienza, la dichiarazione deve essere notificata, a cura della parte civile, alle altre parti e produce effetto per ciascuna di esse dal giorno nel quale è eseguita la notificazione») e possa vantare la qualifica di "parte", può infatti depositare la lista testimoniale, adempimento che va compiuto, a pena di inammissibilità, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento (art. 468, comma 1, c.p.p.).

Sono peraltro note anche le assai maggiori difficoltà pratiche insite nella costituzione di parte

civile fuori udienza: normalmente l'originale dell'atto viene depositato presso la cancelleria del giudice, ne vengono ordinate copie autentiche in numero sufficiente per la notifica all'imputato e al suo difensore (mentre al P.M. non sarebbe necessario: Cass. pen., sez. IV, 23.4.1997, n. 5270, in *Giust. pen.*, 1998, III, 510), notifica che poi può essere effettuata tramite ufficiale giudiziario od anche dal difensore stesso della parte civile (art. 152 c.p.p.).
In alternativa, alla luce del combinato degli artt. 152 c.p.p. e soprattutto 56 disp. att. c.p.p., il patrono della parte civile può confezionare originali e copie e (senza previo deposito ed estrazione di copie autentiche) procedere direttamente alla notifica a mezzo del servizio postale, certificando in proprio la conformità di originale e copie e depositando in cancelleria il primo, con la prova delle avvenute notifiche.
La macchinosità del procedimento, che prevede molti possibili momenti di inceppamento (uno fra tutti, il disservizio postale), porta al fiorire di una serie di espedienti "surrogatori" della costituzione effettuata fuori udienza: qualora la parte civile sia al contempo persona offesa, essa può sempre indicare elementi di prova (art. 90 c.p.p.) ed allora può, non come parte, ma come persona offesa, depositare comunque una lista dei testimoni nei termini, costituirsi parte civile alla successiva udienza dibattimentale e, in quella sede, insistere per l'ammissione dei propri testi. Oppure può chiedere alla pubblica accusa che sia questa a inserire i testimoni in questione nella propria lista. Oppure, infine, può tentare di indicarli non a prova diretta bensì a controprova in udienza, *ex* art. 468, comma 4, c.p.p.
Nel caso di specie, la traccia indica con evidenza che l'azione penale è stata esercitata mediante richiesta di rinvio a giudizio: mediante l'atto tipico con cui, cioè, si schiude la fase dell'udienza preliminare (la cui celebrazione è imposta dalla gravità del delitto di omicidio colposo contestato). Non trattandosi, quindi, di udienza dibattimentale, viene fortunatamente meno in radice ogni considerazione circa l'opportunità di una costituzione fuori udienza.
L'indicazione della *causa petendi* (le «ragioni che giustificano la domanda»: art. 78, comma 1, lett. *c*) c.p.p.) viene di solito soddisfatta riportando l'imputazione e lasciando allo sviluppo dibattimentale il compito di far emergere più precisamente il legame tra quella e la parte, nonché di delimitare con maggior precisione l'area del danno effettivamente risarcibile. Tutto indubbiamente corretto, ma occorre considerare pur sempre l'eventualità che l'imputato chieda il giudizio abbreviato e, in considerazione di tale eventualità, forse sarebbe opportuno che l'atto di costituzione spenda qualche parola in più circa il legame tra l'evento lesivo e la sfera soggettiva della parte che si costituisce (sempre che la parte civile intenda accettare il giudizio abbreviato: cfr. art. 441, commi 2 e 4, c.p.p.)
Per quel che riguarda l'indicazione, anche di massima, della somma richiesta, essa non rappresenta un requisito indispensabile dell'atto, se è vero che l'assenza di una quantificazione precisa non è sanzionata nemmeno in sede di successive conclusioni scritte *ex* art. 523, comma 2 c.p.p. (Cass. pen., sez. VI, 15.4.2009, n. 27500, in *Cass. pen.*, 2011, 679).
Pur non essendo requisito indispensabile, una quantificazione di massima appare pur sempre opportuna, ove seguita dalla dizione «o la maggiore o minore somma che risultasse accertata in corso di causa», volta a far salva la possibilità di correggere il tiro appunto all'esito del dibattimento. Né il pagamento del contributo unificato dovrebbe costituire una remora alla quantificazione, atteso che esso diviene dovuto solo nel momento di determinazione giudiziale (art. 12 d.P.R. n. 115 del 2002).

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Rispetto a quanto già oggetto di esame nella prima parte del presente percorso (relativa alla redazione del parere), non sono molti gli elementi di fatto ulteriori che emergono e che devono essere analizzati.

A seguito di esercizio dell'azione penale mediante richiesta di rinvio a giudizio (che schiude la fase dell'udienza preliminare), la traccia consente di leggere in dettaglio l'imputazione, scandita su tre capi, il primo per il delitto di omicidio colposo e gli altri due per le contravvenzioni al D.Lgs. n. 81 del 2008.

Ciò pone l'immediata questione se sia doveroso costituirsi per tutti e tre tali capi o solo per il primo di essi. Il giudice potrebbe in effetti ritenere che la violazione delle due contravvenzioni in sé non abbia cagionato un autonomo danno, risarcibile sul piano civilistico, alla parte civile. Poiché peraltro non vi sono controindicazioni immediate, la prescrizione che si può fornire è quella di redigere una costituzione di parte civile che al momento abbracci la commissione di tutti e tre i capi contestati.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Sono già state segnalate *supra* le fattispecie, peraltro processuali, di rilievo nel caso di specie (relative alle modalità di costituzione di parte civile: artt. 74 ss. c.p.p.).

Opzioni difensive a disposizione. Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere. Schema dell'atto

Una concreta opzione difensiva cui si dovrà senz'altro pensare, e che si ricava dalla prima parte della traccia, riguarda la società Alfa s.r.l.

Come si è già avuto modo di osservare, non è improbabile che la stessa società commerciale venga sottoposta a processo per responsabilità amministrativa dipendente da reato, in forza di quanto prevede l'art. 25-*septies* del D.Lgs. n. 231 del 2001 e secondo le regole di cui agli artt. 34 ss. del medesimo D.Lgs.

Qui si intende però sottolineare un'altra cosa: la pretesa civilistica di Mevia potrà trovare più adeguata soddisfazione quanti più siano i soggetti tenuti al risarcimento. È pertanto senz'altro interesse di Mevia poter far valere il diritto al risarcimento, oltre che nei confronti di due persone fisiche, la cui solvibilità è sempre da vedere, anche nei confronti di una persona giuridica, che si spera sia un soggetto *deep pocket*.

In altre parole, si deve senz'altro valutare la possibilità della citazione di Alfa s.r.l. come responsabile civile per il fatto degli imputati. Come noto, peraltro, il responsabile civile viene citato nel processo penale a richiesta della parte civile (art. 83, comma 1, c.p.p.) e ciò può avvenire al più tardi per il dibattimento (art. 83, comma 2, c.p.p.).

Il potere di richiedere la citazione del responsabile civile è pertanto subordinato all'acquisizione dello *status* di parte: come preliminare ad ogni successiva riflessione si pone, pertanto, la corretta costituzione di parte civile (benché la prassi conosca anche l'ipotesi della richiesta di citazione del responsabile contestuale all'atto di costituzione di parte civile: cfr., ad es., Trib. Busto Arsizio, 10.10.2002, in *Foro ambrosiano*, 2003, 31).

Alla luce di quanto sin qui detto, l'atto di costituzione di parte civile deve contenere:

1. L'epigrafe dell'atto, con l'indicazione dell'ufficio giudicante cui l'atto è indirizzato (quello

presso cui pende il procedimento), nonché delle generalità di chi si costituisce parte civile e del suo difensore;

2. L'espressa manifestazione di volontà di costituirsi parte civile nei confronti dell'imputato o degli imputati, di cui parimenti vanno riportate le generalità (comunque agevolmente desumibili dall'atto di esercizio dell'azione da parte del P.M. e dagli atti contenuti nel fascicolo delle indagini);
3. La *causa petendi*, vale a dire l'indicazione delle ragioni della domanda, che si apre riportando l'imputazione (nel caso di specie, le tre imputazioni), cui deve seguire una sia pur sintetica illustrazione in grado di collegare il reato alla sfera giuridica della parte civile e giustificare in tal modo la sua iniziativa;
4. Il *petitum*, su cui sia consentito di intrattenersi ancora: pur non essendo necessaria (ma restando comunque opportuna) l'indicazione precisa di una somma, comunque ampiamente suscettibile di aggiustamento posteriore, è ovvio che almeno la tipologia di danni di cui si chiede il risarcimento possa e debba essere indicata;
5. La procura speciale, vale a dire il mandato defensionale che la parte rilascia al proprio difensore nominato al fine di investirlo del compito di rappresentarla nel processo.

Svolgimento dell'atto per esteso

Al Giudice dell'udienza preliminare di <.....>
Atto di costituzione di parte civile

Il sottoscritto avvocato <.....>, quale difensore e procuratore speciale, giusta nomina e procura speciale in calce al presente atto, di Mevia, nata a <.....>, il <.....>, residente a <.....>, che agisce in proprio e quale esercente la potestà genitoriale su Tizietto, nato a <.....>, il <.....>, residente a <.....>, elettivamente domiciliati presso lo studio del suddetto difensore in <.....>, in qualità di persone offese e danneggiate dal reato nel procedimento penale n. <.....>/ <.....> R.G.N.R., n. <.....>/ <.....> R.G. G.I.P./ G.U.P.

dichiara

di costituirsi parte civile nel procedimento penale sunnominato, chiamato all'udienza preliminare del giorno <.....>, davanti al Giudice dell'udienza preliminare di <.....>, dott. <.....>

contro

– Caio, nato a <.....>, il <.....>, residente a <.....>, assistito e difeso dall'avv. <.....>, con studio in <.....>;
– Sempronio, nato a <.....>, il <.....>, residente a <.....>, assistito e difeso dall'avv. <.....>, con studio in <.....>;

per

l'accertamento della penale responsabilità degli imputati per i reati per cui sono stati rinviati a giudizio, di seguito riportati:

a) del delitto p. e p. dagli artt. 40 cpv., 113, 589, comma 2, c.p., perché in cooperazione tra loro, per negligenza, imprudenza, imperizia, nonché per violazione delle norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro indicate ai capi b) e c), Caio, quale amministratore unico di Alfa s.r.l., e Sempronio, quale capo cantiere delegato alla sicurezza in forza di delega

orale da parte di Caio, cagionavano la morte di Tizio, operaio edile dipendente di Alfa s.r.l., il quale, senza essere adeguatamente avvisato circa i rischi connessi all'attività svolta e senza che fossero fatte osservare le cautele previste in caso di sbancamento di terra, si calava in una buca appena scavata ed ivi veniva investito da una frana improvvisa.

In <.....> il giorno <.....>

b) della contravvenzione p. e p. dagli artt. 36, comma 2, lett. a) e 55, comma 5 lett. c) D.Lgs. n. 81 del 2008, perché Caio, quale amministratore unico di Alfa s.r.l., e Sempronio, quale capo cantiere delegato alla sicurezza in forza di delega orale da parte di Caio, omettevano di fornire a Tizio, operaio edile dipendente di Alfa s.r.l., adeguata informazione sui rischi specifici connessi all'attività svolta.

In <.....> sino al giorno <.....>

c) della contravvenzione p. e p. dagli artt. 118 e 159, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 81 del 2008, perché Caio, quale amministratore unico di Alfa s.r.l., e Sempronio, quale capo cantiere delegato alla sicurezza in forza di delega orale da parte di Caio, non facevano osservare le cautele prescritte in caso di sbancamento di terreni nel cantiere edile...

In <.....>, il giorno <.....>

nonché per quanti altri (anche a seguito di loro modificazione o diversa qualificazione giuridica) risultassero all'esito del processo, al fine di ottenere la loro condanna all'integrale risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti, che si quantificano nella misura di euro 300.000=, o nella diversa, maggiore o minore, somma risultante in corso di causa, oltre alla refusione delle spese.

L'azione civile promossa con il presente atto da parte della sig.ra Mevia, in proprio quale moglie del defunto Tizio, nonché quale madre esercente la potestà genitoriale su Tizietto, a sua volta figlio del sig. Tizio, trova fondamento nel grave danno patrimoniale e non, derivato dall'ingiusta morte dello stesso, avvenuta il giorno <.....>

Sul piano probatorio si richiamano gli indizi e gli elementi di prova emersi nel corso delle indagini preliminari, con riserva di ogni ulteriore deduzione e produzione nei termini e nelle forme di rito.

Luogo <.....>, data <.....>

Sottoscrizione avv. <.....>

Sottoscrizione Mevia <.....>

PROCURA SPECIALE E NOMINA DI DIFENSORE

ex art. 100, comma 2, c.p.p.

La sottoscritta Mevia, nata a <.....> il <.....>, in proprio e quale esercente la potestà genitoriale su Tizietto, nato a <.....> il <.....>, nomina proprio difensore e procuratore speciale ai sensi dell'art. 100, comma 2, c.p.p., l'avv. <.....> del Foro di <.....>, perché li rappresenti e difenda nel presente processo e giudizio n. <.....>/ <.....>, chiamato all'udienza del <.....>, contro Caio, nato a <.....> il <.....>, e contro Sempronio, nato a <.....> il <.....>, imputati, in ogni fase e grado, anche di appello, opposizione, esecuzione ed opposizione all'esecuzione, per conseguire dagli imputati medesimi, dal responsabile civile e dal civilmente obbligato il risarcimento dei danni tutti, patrimoniali e non, patiti e patiendi, e gli conferisce ogni potere inerente al mandato, compreso quello di svolgere attività di investiga-

zione difensiva, di modificare la domanda risarcitoria a seguito della diversa qualificazione del fatto, di mutamento dell'imputazione *ex* artt. 516 ss. c.p.p. o di contestazione autorizzata di fatto nuovo *ex* art. 518 c.p.p., di estenderla a coloro che siano comunque citati nel giudizio a titolo di coimputati, responsabili civili o civilmente obbligati, di redigere l'atto di costituzione di parte civile, di presentare le conclusioni, nominare e revocare sostituti processuali, anche al fine di notificare o depositare atti, ivi compresa la sopraestesa costituzione, di transigere, incassare somme e rilasciare quietanze, rinunciare agli atti e/o all'azione, accettare rinunce, impugnare sentenze, ordinanze e decreti, delegare a terzi tutti i poteri inerenti la presente procura speciale, nonché di compiere e ricevere, nell'interesse della parte rappresentata, ogni altro atto del procedimento che dalla legge non sia ad essa espressamente riservato
Elegge domicilio presso lo studio del nominato difensore in <.....>.

Luogo <.....>, data <.....>

Sottoscrizione Mevia <.....>

Sottoscrizione (anche per autentica) avv. <.....>

Le sentenze in evidenza

Le sentenze richiamate fanno il punto sul problema della efficacia della delega delle funzioni all'interno dell'azienda, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo D.Lgs. n. 81 del 2008.

Corte di Cassazione, Sez. IV pen., 25 febbraio 2010, n. 7691
Sicurezza sul lavoro - Delega di funzioni e poteri di spesa - Prova scritta - Necessità - Sussistenza.

La delega eventualmente conferita dal datore di lavoro, in tema di attuazione e controllo del rispetto da parte dei dipendenti della normativa antinfortunistica, richiede una inequivoca e certa manifestazione di volontà anche dal punto di vista del contenuto con conferimento al delegato, persona esperta e competente, di poteri di organizzazione, gestione e controllo adeguati agli incombenti attribuiti, nonché autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate.

Corte di Cassazione, Sez. IV pen., 1° febbraio 2012, n. 10702
Sicurezza lavoro - Delega.

Se c'è una formale e dettagliata delega di funzioni all'interno dell'azienda, il rappresentante legale non risponde penalmente per la violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro. Ciò non vuol dire però che il dovere di vigilanza del datore di lavoro venga meno tout court, si trasferisce solo su di un ambito più "alto". La delega di funzioni è disciplinata dall'art. 17 del Testo unico sulla sicurezza del lavoro che, sebbene successivo ai fatti di specie, recepisce orientamenti già consolidati della giurisprudenza e dunque applicabili anche al caso in questione. Secondo la norma, in capo al vertice o alla proprietà dell'azienda rimane sempre una responsabilità di "fascia alta" che si attua attraverso il controllo del corretto svolgimento delle mansioni da parte del delegato e l'adozione di un modello organizzativo e di gestione adeguato al funzionamento dell'impresa. Infatti, il dovere di controllare non può identificarsi con un'azione di vigilanza sulla concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni che la legge affida, appunto, al garante. Diversamente l'istituto della delega perderebbe di senso. Perciò, l'obbligo del delegante è distinto da quello del delegato e riguarda soprattutto la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

4. Il processo minorile

(di Stefano Vittorini Giuliano)

Traccia per la redazione del parere

Ciro, di anni sedici, manifesta problemi comportamentali e ha un insufficiente rendimento scolastico: viene, per tale ragione, duramente redarguito dal padre Mevio che, contro la volontà di Tizia, madre di Ciro, decide di privare il figlio dell'uso del telefono cellulare e della possibilità di guardare il suo programma preferito alla televisione.
Nel corso della notte successiva alla lite tra Mevio e Ciro, quest'ultimo impugnato un grosso coltello da cucina, si avvicina al padre dormiente e lo colpisce al petto ferendolo in modo assai grave, ma senza provocarne la morte. Ciro viene arrestato per tentato omicidio e successivamente sottoposto a perizia psichiatrica che rileva che il minore è affetto da un disturbo di personalità tuttora in evoluzione, ma al momento classificabile come disturbo non altrimenti specificato (N.A.S.), connotato da tratti schizoidi e narcisistici.
Incaricato dalla madre di Ciro della difesa del figlio avanti al Tribunale per i Minorenni, l'avv. Sempronio viene richiesto di redigere un parere motivato sui possibili esiti del procedimento penale a carico del minore, imputato di tentato omicidio nei confronti del padre Mevio.
Assunte le vesti dell'avv. Sempronio, provvedete a redigere il parere richiestovi.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Il momento processuale in cui il parere vi viene richiesto è quello della prima fase delle indagini.
La natura dei quesiti implica una redazione "aperta" in ordine ai possibili esiti del processo e delle stesse indagini.
Occorre muovere dalla individuazione della fattispecie che può essere contestata a Ciro per poi valutare – almeno astrattamente – se vi siano soluzioni sostanziali più miti (la c.d. derubricazione).
Una completa redazione del parere richiede lo svolgimento delle opportune riflessioni in ordine alla imputabilità che, nella specie, potrebbe risultare scemata o addirittura esclusa dal disturbo riscontrato all'autore del fatto oppure condizionata dalla minore età dell'imputato.
Particolare attenzione va rivolta alle possibili conseguenze di un proscioglimento per incapacità d'intendere e di volere.
Una soluzione "aperta" dovrà poi tener conto anche del possibile esito favorevole del procedimento penale minorile, caratterizzato da istituti orientati alla rieducazione dell'imputato.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

È consigliabile la preliminare individuazione delle norme che dovrete prendere in considerazione per la redazione del parere motivato.

Alla luce della complessità del parere, è utile suddividere il lavoro in almeno due fasi (una prima fase incentrata sulle norme incriminatici applicabili a Ciro e una destinata alla elaborazione dei problemi in materia di incapacità d'intendere e di volere e di diritto minorile).

Il fatto in contestazione

Art. 56 c.p. Delitto tentato

Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Il colpevole di delitto tentato è punito: (con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte); con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà.

Art. 575 c.p. Omicidio

Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.

Art. 576 c.p. Circostanze aggravanti. Pena dell'ergastolo

Si applica la pena dell'ergastolo (1) se il fatto preveduto dall'articolo precedente è commesso:

1. col concorso di taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'articolo 61;
2. contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso, ovvero quando vi è premeditazione;
3. dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza;
4. dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione;
5. in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*.(2)

5.1) dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della stessa persona offesa. (3)

5-*bis*) contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio. (4)

È latitante, agli effetti della legge penale, chi si trova nelle condizioni indicate nel n. 6 dell'articolo 61.

(1) La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita dall'art. 1 del D.Lgs.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224.

(2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a) del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella L. 23 aprile 2009, n. 38

(3) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b) del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella L. 23 aprile 2009, n. 38

(4) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b sexies) del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella L. 24 luglio 2008, n. 125

Art. 577 c.p. Altre circostanze aggravanti. Ergastolo

Si applica la pena dell' ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso:

1) contro l'ascendente o il discendente;
2) col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso;

3) con premeditazione;
4) col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61.
La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello e la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta.

Art. 582 c.p. Lesione personale
Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.
Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non occorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Art. 583 c.p. Circostanze aggravanti
La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:
1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;
2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo;
[3) se la persona offesa è una donna incinta e dal fatto deriva l'acceleramento del parto.] (1)
La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:
1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;
2) la perdita di un senso;
3) la perdita di una arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;
4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso;
5) l'aborto della persona offesa.

(1) Il numero 3 del presente comma è stato abrogato dall'art. 22, L. 22.05.1978, n. 194.

Art. 585 c.p. Circostanze aggravanti
Nei casi preveduti dagli articoli 582, 583 e 584, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dall'articolo 576; ed è aumentata fino a un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dall'articolo 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive.
Agli effetti della legge penale, per armi s'intendono:
1) quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona;
2) tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo.
Sono assimilate alle armi le materie esplodenti e i gas asfissianti o accecanti.

Imputabilità e minore età

Art. 88 c.p. Vizio totale di mente
Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente

Art. 89 c.p. Vizio parziale di mente
Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso.

Art. 98 c.p. Minore degli anni diciotto
È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere o di volere; ma la pena è diminuita.
Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori o dell'autorità maritale. (1)

(1) L'espressione "potestà dei genitori" citata nel presente articolo è stata così sostituita a "patria potestà" dall'art. 146, L. 24.11.1981, n. 689. Inoltre l'"autorità maritale" citata alla fine del comma 2 è stata abrogata dall'art. 26, L. 19.05.1975, n. 151.

Art. 202 c.p. Applicabilità delle misure di sicurezza

Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato.
La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza.

Art. 203 c.p. Pericolosità sociale

Agli effetti della legge penale, e socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.
La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133.

Art. 205 c.p. Provvedimento del giudice

Le misure di sicurezza sono ordinate dal giudice nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento.
Possono essere ordinate con provvedimento successivo:
1) nel caso di condanna, durante la esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena;
2) nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta, e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura di sicurezza;
3) in ogni tempo, nei casi stabiliti dalla legge. (1)

(1) È stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 205 c. 2 (unitamente agli artt. 204 e 222 c.p.), nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento, da parte del giudice della cognizione o della esecuzione, della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura (Corte Cost. 27.7.1982, n. 139).

Art. 28 D.P.R. n. 448/1988. Sospensione del processo e messa alla prova

1. Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno.
Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione.
2. Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato.
3. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore.
4. *dichiarato incostituzionale*
5. La sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte.

Art. 29 D.P.R. n. 448/1988. Dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova

1. Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minorenne e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo. Altrimenti provvede a norma degli articoli 32 e 33.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Come già accennato, l'elaborato ha natura "aperta" ma occorre non sbilanciarne la stesura su questioni di minore importanza rispetto a quella, centrale, dell'imputabilità.
È evidente, infatti, la minore rilevanza del problema della qualificazione giuridica del fatto, pacificamente commesso da Ciro.
La traccia, in ogni caso, già richiede una suddivisione (coerente, peraltro, con l'impostazione logica di uno scritto di tal natura) in due fasi espositive.
La prima ha carattere "compilativo" ed è fondata su una premessa di tipo normativo.
Occorrerà (infatti):

1) *distinguere tra lesioni e tentato omicidio in relazione alle modalità dell'aggressione e all'elemento soggettivo.*

In questa fase dell'elaborato è opportuno dare un quadro completo anche delle aggravanti che potrebbero caratterizzare la fattispecie.
La seconda fase espositiva ruota intorno al problema della capacità d'intendere e di volere del minore.
L'analisi è resa complessa dall'accertata patologia psichiatrica che potrebbe avere determinato, o contribuito a determinare, l'azione delittuosa del minore.
Un chiarimento: secondo la concezione giurisprudenziale dominante (talora avversata in dottrina) l'imputabilità non è elemento costitutivo del reato. Tuttavia lo svolgimento del parere non è la sede per affrontare una tal questione.
Per le stesse ragioni, l'imputabilità non deve essere confusa con l'elemento soggettivo.
Infatti secondo la giurisprudenza: «Nei rapporti fra imputabilità e dolo, l'indagine sul primo dei suddetti elementi va tenuta ben distinta da quella sul secondo, essendo quest'ultimo un elemento costitutivo del delitto, la cui sussistenza o meno va in ogni caso accertata secondo le regole generali, mentre l'imputabilità costituisce semplicemente il presupposto per l'affermazione della responsabilità in ordine al reato commesso, il quale dovrà, pertanto, essere già stato compiutamente qualificato, nelle sue connotazioni oggettive e soggettive. Ciò significa che anche nei confronti di soggetto non imputabile, o parzialmente imputabile, dovrà comunque essere stabilito, se l'evento prodotto sia stato "secondo l'intenzione", "contro l'intenzione" o "oltre l'intenzione", per poi passare a verificare se e come il soggetto debba penalmente rispondere di tale evento, in ragione del suo stato di mente».

2) *affrontare il problema della individuazione delle patologie di tipo psichiatrico rilevanti ai fini della dichiarazione di non imputabilità.*

In tale fase dell'esposizione sarà bene indicare la distinzione tra vizio totale di mente *ex* art. 88 c.p. e vizio parziale di mente *ex* art. 89 c.p. per poi verificare, grazie alla giurisprudenza, se e a quali condizioni i meri disturbi di personalità possano condurre a sentenze di proscioglimento o all'applicazione della diminuente.
La questione non è di poco conto; infatti, quand'anche l'imputato venga assolto per mancanza di imputabilità o condannato con pena ridotta per il riconoscimento del vizio parziale di mente, resterebbe comunque aperto il tema della pericolosità e della conseguente applicabilità della misura di sicurezza (misura, quindi, privativa o fortemente limitativa della libertà).

3) *affrontare il problema della maturità del minore, consistente in un giudizio sulla capacità indipendente dalla eventuale infermità di mente del minore.*

Al proposito la norma di riferimento è l'art. 98 c.p. dove il legislatore ha previsto:

– la presunzione di incapacità per gli infraquattordicenni;
– la regola del necessario accertamento della capacità (maturità) dell'imputato infradiciottenne;
– la diminuzione di pena dovuta all'età dell'imputato (ovviamente ove venga riconosciuto maturo e ove venga dichiarato responsabile del reato ascrittogli).

Occorre rappresentare, quantomeno con un cenno, i contenuti della ritenuta imputabilità, definita "maturità", del minore infraquattordicenne, altrimenti risulterebbe assai arduo spiegare perché la giurisprudenza suole;

4) *distinguere il giudizio di maturità da quello sul vizio di mente.*

L'unico punto di contatto tra il procedimento valutativo dell'assenza di infermità e il giudizio di maturità del minore si verifica allorché il giudice (o, talora, il perito) è chiamato a valutare se il disturbo di natura psichiatrica abbia inciso sulla maturità del minore.
Il proscioglimento per immaturità non esclude la valutazione (autonoma) della pericolosità e quindi, anche in tal caso, il rischio di applicazione della misura di sicurezza.
Da un tale quadro può ricavarsi che:

– il minore può essere condannato per tentato omicidio o per lesioni personali (opererà comunque l'attenuante o diminuente della minore età *ex* art. 98 c.p.);
– il minore può essere condannato con pena ridotta per il vizio parziale di mente (anche in tal caso opererà, comunque, l'attenuante o diminuente della minore età *ex* art. 98 c.p.), nel qual caso, se ritenuto pericoloso, può essergli applicata la misura di sicurezza;
– il minore può essere prosciolto per difetto di imputabilità e andare esente da ogni conseguenza in ordine alla propria libertà personale (ciò potrebbe derivare dalla ritenuta episodicità della condotta delittuosa, come avviene nelle c.d. reazioni a corto circuito);
– il minore può essere prosciolto per infermità e, se ritenuto pericoloso, può essergli applicata la misura di sicurezza;
– il minore può essere prosciolto per immaturità e andare esente da ogni conseguenza in ordine alla propria libertà personale;
– il minore può essere prosciolto per immaturità e, se ritenuto pericoloso, può essergli applicata la misura di sicurezza.

Quest'impianto può arricchirsi di una importante variante.
L'estrema flessibilità del processo penale minorile offre anche la possibilità di una *definizione del processo fondata sulla messa alla prova*, che si caratterizza per la estinzione del reato obbligatoriamente preceduta da un periodo di osservazione della personalità dell'imputato che si sottopone, volontariamente (e con la piena consapevolezza dell'assunzione di un "impegno"), a una "prova" caratterizzata dal rispetto di una serie di prescrizioni indicate da uno specifico provvedimento del giudice (v. comunque artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448/1988).
È chiaro che per poter accedere alla messa alla prova occorrerà preliminarmente valutare se Ciro è in grado, dal punto di vista psicologico, di rispettare gli impegni presi: è quindi impensabile ch'egli possa accedervi se ritenuto incapace d'intendere e di volere.
La problematica della messa alla prova è maggiormente sviluppata nell'atto di appello ri-

prodotto in calce, essendosi ipotizzata una immaginaria condanna da parte del Tribunale per i Minorenni che, quindi, avrebbe dapprima escluso il difetto di imputabilità salvo poi non ritenere applicabile, alla luce della "gravità del fatto commesso da Ciro, l'istituto della messa alla prova.

Individuazione delle massime giurisprudenziali pertinenti al tema esposto nella traccia

Com'è ovvio, qualora si utilizzi un codice annotato con la giurisprudenza, il parere non deve risultare un *collage* di massime disancorate a una razionale sequenza di argomentazioni.
La materia dell'imputabilità è tuttavia vivacemente elaborata dalla giurisprudenza che, se consultata correttamente, diverrà fonte preziosa di spunti idonei alla migliore comprensione dei vari istituti pertinenti alla vicenda in esame.
Ripercorrendo idealmente i quattro punti già considerati ed evidenziati in sede di organizzazione dello scritto, occorrerà:

1) individuare, in primo luogo, massime che consentano di focalizzare l'attenzione sui requisiti del tentativo e quindi di distinguere il tentato omicidio dalle lesioni personali; particolare attenzione all'idoneità degli atti e all'elemento soggettivo, criteri che il giudice, inevitabilmente, utilizzerà per definire giuridicamente il fatto;
2) per segnalare le oscillazioni giurisprudenziali in tema di collocazione dei disturbi di personalità tra le infermità incidenti sulla imputabilità va menzionata, su tutte, la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, nella cui motivazione (riportata integralmente in calce, data la sua importanza e la sua portata innovativa) si da atto del complesso e tormentato percorso seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza per elaborare il rapporto tra la imputabilità disciplinata dal codice penale e le attuali risultanze della scienza medica: «Per stabilire in cosa consista l'infermità di mente di cui è menzione nell'art. 88 c.p., quale causa di esclusione dell'imputabilità, occorre fare riferimento ai criteri dettati dalla medicina e dalla psicologia, le quali nelle loro acquisizioni più recenti sono inclini a considerare malattia mentale non soltanto quelle a base organica, ma anche i semplici disturbi della personalità. Ne consegue che anche questi ultimi possono comportare l'esclusione della imputabilità, a condizione che siano di gravità ed intensità tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, e che siano state proprio esse la causa della condotta criminosa» (Cass. SS. UU. 8.3.2005, n. 9163, in *Lex24*);
3 e 4) qualora si debba redigere un parere avendo a disposizione un codice annotato, di grande utilità sistematica è la giurisprudenza descrittiva della imputabilità dei soggetti minorenni.

Di seguito occorrerà verificare se la giurisprudenza abbia affrontato anche il problema della distinzione tra incapacità dovuta ad infermità e quella dovuta a immaturità; si tratterebbe, in caso affermativo, di riflessioni da tenere in grande considerazione. Al momento, tuttavia, il quadro delle sentenze pubblicate su quest'ultimo punto è limitatissimo. Basti pensare che – ancora oggi – una sorta di "principio generale" regolante i rapporti tra infermità e immaturità risulta contenuto soltanto in Cass. Sez. I, 16.1.1979, in *Giust. pen*. 1979, II, 692, ribadito poi dal Tribunale per i Minorenni di Torino, che afferma: «in caso di omicidio plu-

rimo aggravato commesso da minori il riscontro negli stessi di un disturbo di personalità e non di un vizio della mente non è sufficiente per pronunciare sentenza di proscioglimento per non imputabilità. Infatti la nozione di "infermità di mente" è diversa da quella di disturbo di personalità.
Ai fini dell'eventuale individuazione di un vizio totale o parziale di mente possono poi rilevare anche forme non rientranti in una specifica malattia mentale, purché intense (cioè in sostanza gravi) e, comunque, in stretto rapporto causale con il delitto commesso e tali da incidere profondamente sulla capacità di intendere e di volere, tant'è che si parla di "un vero e proprio squilibrio mentale" o di "degenerazione della sfera volitiva o intellettiva"» (Trib. Minorenni Torino 11.2.2002, n. 216, in *Lex24*).

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Oltre al fatto che l'indagato è minore d'età e che la sera prima del delitto aveva litigato con il padre, è bene rammentare che Mevio, vittima dell'aggressione, viene comunque gravemente ferito (ciò esclude varie opzioni difensive) obbligando il difensore a concentrarsi sulla personalità del minore.
Le aggravanti sono identificabili grazie ai cenni contenuti nella traccia (scelta dell'arma, azione notturna etc.).
Ciro è pacificamente affetto da un disturbo di personalità (che prima dell'attentato al padre non era stato diagnosticato), ma non è dato conoscerne la specifica gravità e, indirettamente, la sua incidenza sulla condotta del minore.

Le opzioni difensive a disposizione

La difesa di Ciro dovrà in primo luogo valutare se il fatto va giuridicamente inquadrato come lesione personale o tentato omicidio, avendo chiaro che la seconda ipotesi è inevitabilmente la più grave dal punto di vista delle possibili conseguenze penalistiche.

A questo proposito, il dato centrale "in fatto" della vicenda da valutare è la gravità (e il radicamento) del disturbo di personalità di Ciro.
Pertanto occorrerà soffermarsi sulla imputabilità del minore, sia perché condizionata dal suo disturbo di personalità, sia perché egli potrebbe risultare incapace in quanto immaturo.
Si aprirebbe tuttavia il problema dell'applicazione delle misure di sicurezza, che possono conseguire alla ritenuta pericolosità (da accertare in concreto) del prosciolto per infermità o per immaturità.
Le attuali tendenze della giurisprudenza penale-minorile sono restrittive in ordine alle sentenze di immaturità, ritenute deresponsabilizzanti e sostanzialmente contrarie alla funzione del processo ad imputati minorenni.
Occorrerà quindi un cenno alla messa alla prova, istituto che ha caratteristiche tali da consentire una penetrante osservazione sulla evoluzione della personalità del minore e la cui applicazione, nella fattispecie in esame, sarà inevitabilmente valutata dal giudice.
Solo se non sarà possibile ricorrere alla messa alla prova (o se la prova non riuscirà) si porrà il problema della eventuale quantificazione della sanzione comminabile a Ciro.

Svolgimento del parere per esteso

Ciro, minore d'età, la notte dopo essere stato redarguito e "punito" dal padre per il suo scarso impegno scolastico, usando un'arma da taglio, ferisce gravemente il genitore e viene quindi arrestato.
Nel corso delle successive indagini si apprende che il minore è affetto da disturbo di personalità non altrimenti specificato ma caratterizzato da tratti che potrebbero avere avuto efficacia causale in ordine all'atto delittuoso da lui compiuto.
Si chiede al difensore di Ciro di fare una valutazione preliminare dei possibili sviluppi del procedimento penale.
Occorre, in primo luogo, soffermarsi sulla fattispecie di reato che risulta contestata al minore, ossia il tentato omicidio aggravato o, verosimilmente, pluriaggravato.
È di pacifica applicazione la circostanza aggravante prevista dagli artt. 576, n. 2, in relazione all'art. 577, n. 1, c.p., essendo il fatto commesso nei confronti dell'ascendente, ma non si può peraltro escludere che, alla luce degli elementi in atti e delle complessive risultanze delle indagini, l'addebito non venga ulteriormente aggravato per effetto della premeditazione (art. 577, n. 3, c.p.), ipotizzabile alla luce dell'apprezzabile lasso di tempo trascorso tra il litigio avvenuto tra padre e figlio (e che, ragionevolmente, va posto alla base dell'azione di Ciro), o per effetto della pur sempre rilevabile futilità dei motivi dell'atto delittuoso (art. 577, n. 4, c.p. da porre in relazione all'art. 61, n. 1, c.p.).
Le modalità dell'aggressione, avvenuta mentre la vittima dormiva, potrebbero configurare l'ulteriore aggravante della "minorata difesa", prevista dall'art. 61, n. 5, c.p.
Elementi costitutivi del delitto tentato sono, com'è noto, l'idoneità e la non equivocità degli atti diretti alla commissione di un delitto che non giunge al suo perfezionamento per cause indipendenti dalla volontà dell'agente che, per l'appunto, sarà punibile con la pena stabilita per il reato consumato diminuita da un terzo a due terzi.
Una siffatta qualificazione giuridica del fatto attribuito a Ciro è suffragata dalla idoneità dell'atto da questi realizzato posto che l'idoneità ai fini della sussistenza dell'ipotesi di cui all'art. 56 c.p., consiste nella sua capacità causale e, cioè, nella sua suscettibilità a produrre l'evento che rende consumato l'evento voluto (Cass. V, 13 maggio 1998, RIML 2000, 868).
Il mezzo utilizzato da Ciro (un grosso coltello da cucina), la gravità e la sede delle lesioni prodotte al genitore rendono evidentemente integrato il requisito dell'idoneità *ex* art. 56 c.p. tant'è che, secondo la giurisprudenza, per escludere la sussistenza del tentativo punibile, il mezzo usato dev'essere astrattamente e assolutamente inidoneo a raggiungere il fine che l'agente si è preposto; la semplice carenza di forza sufficiente a conseguire lo scopo nel caso concreto, vale ad impedire la consumazione del reato, ma non esclude la punibilità del tentativo (al proposito si veda Cass. I, 22.4.1983, GP 1984, II, 112).
L'ulteriore requisito dell'univocità degli atti pare, nel caso de quo, realizzato per il contesto in cui gli stessi atti sono inseriti, per la loro natura e, utilizzando comuni regole d'esperienza, per le modalità dell'azione del minore.
Tutt'altro che irragionevole è, quindi, ritenere che il fatto attribuito a Ciro sia giuridicamente qualificato come tentato omicidio di Mevio.
Va tuttavia considerata la possibilità di una contestazione alternativa (ovvero di una derubricazione del reato nella fattispecie meno grave) che, quale effetto di una diversa valutazione

dell'elemento soggettivo, potrebbe adattarsi alla vicenda in esame; in effetti, mentre è indiscutibile che Ciro abbia aggredito l'integrità fisica del genitore, non è del tutto escluso ch'egli non avesse l'intenzione di uccidere: nel qual caso egli risponderebbe di lesioni personali aggravate. In altri termini, Ciro potrebbe aver agito con un atteggiamento psicologico meno intenso rispetto a quello richiesto per il tentato omicidio, mirando ad una generica lesione dell'integrità fisica di Mevio e magari limitandosi ad accettare il rischio della morte della vittima, senza tuttavia quell'*animus necandi* che sempre dovrebbe sostenere il dolo dell'omicidio.
In tale prospettiva, attesa l'incompatibilità tra dolo eventuale e univocità della direzione degli atti, caratteristica del delitto tentato, la grave contestazione potrebbe essere riqualificata – per difetto dell'elemento soggettivo del tentativo – nella fattispecie edittalmente più lieve, ma pur sempre pluriaggravata, giusta le previsione di cui agli artt. 582 e, quantomeno, 585 c.p. (che richiama le stesse aggravanti dell'omicidio).
Sull'accertamento in concreto dell'elemento soggettivo si fonderà, quindi, la qualificazione giuridica del fatto. Risulta, al proposito, assai severa l'impostazione giurisprudenziale, secondo cui «ai fini della determinazione differenziale dell'elemento psicologico dei reati di lesioni personali o tentativo di omicidio, la prova risolutiva deve trarsi dalle modalità dell'azione e dalla materialità della condotta dell'agente. Questi, infatti, sono i soli elementi di innegabile ed obiettiva consistenza probatoria che forniscono l'indicazione più eloquente del valore e del significato da quello attribuito alla sua condotta ed alle modalità di esecuzione e quindi dell'effetto conseguito a quel fatto» (Cass. 15.1.1986, RV 172983).
Il secondo e più articolato problema da considerare nell'ambito del procedimento a carico di Ciro è quello dell'imputabilità (ex art. 85 c.p.), sulla quale potrebbero incidere sia la minore età che il disturbo di personalità, peraltro emerso sin dalle prime indagini svolte.
La riscontrata presenza di una patologia di tipo psichiatrico (disturbo n.a.s. con tratti schizoidi e narcisistici) richiama l'attenzione dell'interprete, in primo luogo, sull'ipotesi prevista dall'art. 88 c.p., che esclude l'imputabilità di colui che, al momento di commissione del fatto, era in tale stato di infermità mentale da escluderne la capacità d'intendere e di volere, ovvero sull'ulteriore ipotesi descritta dall'art. 89 c.p., che disciplina il vizio parziale di mente prevedendo una diminuzione di pena per chi ha commesso il fatto in uno stato di infermità mentale tale da scemare grandemente, senza tuttavia escludere, la capacità d'intendere e di volere.
Ciro, tuttavia, non è affetto da malattia mentale inquadrata nosograficamente, ma da un mero disturbo che, pur avendo rilevanza psichiatrica, potrebbe non presentare caratteri tali da escludere la capacità d'intendere e di volere della persona che ne è affetta.
Non a caso la questione della collocazione dei disturbi di personalità nell'ambito delle infermità rilevanti ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. risulta caratterizzata da frequenti oscillazioni giurisprudenziali.
Secondo l'indirizzo tradizionale, la malattia mentale potrebbe avere rilevanza giuridica solo se l'infermità riscontrata all'imputato abbia basi organiche o sia comunque riconducibile a un preciso quadro clinico-nosografico. Una tale prospettiva, finalizzata a circoscrivere la sfera del difetto di imputabilità, comporta che la disciplina degli artt. 88 e 89 c.p. non possa essere estesa alle anomalie psichiche e ai disturbi di personalità («In tema di imputabilità, la malattia di mente rilevante per la sua esclusione o riduzione è solo quella medico-legale, dipendente da uno stato patologico serio che comporti una degenerazione della sfera intellettiva o volitiva dell'agente. Ne consegue che la capacità di intendere e di volere non è esclusa dal fatto che il

soggetto sia affetto non da infermità mentale in senso patologico, ma solo da anomalie psichiche o da disturbi della personalità», così Cass., sez. I, 9.4.2004, n. 16940, in *Lex24*).
"In caso di omicidio plurimo aggravato commesso da minori il riscontro negli stessi di un disturbo di personalità e non di un vizio della mente non è sufficiente per pronunciare sentenza di proscioglimento per non imputabilità. Infatti la nozione di "infermità di mente" è diversa da quella di disturbo di personalità. Ai fini dell'eventuale individuazione di un vizio totale o parziale di mente possono poi rilevare anche forme non rientranti in una specifica malattia mentale, purché intense (cioè in sostanza gravi) e, comunque, in stretto rapporto causale con il delitto commesso e tali da incidere profondamente sulla capacità di intendere e di volere, tant'è che si parla di "un vero e proprio squilibrio mentale" o di "degenerazione della sfera volitiva o intellettiva" (Trib. Minorenni Torino 11.2.2002, n. 216, in *Lex24*).
Altra giurisprudenza, per contro, si discosta dalla nosografia "ufficiale" e sostiene che anche i disturbi di personalità e, più in generale, le psicopatie ovvero altre anomalie caratteriali, purché di particolare gravità, siano idonee a pregiudicare o scemare la capacità di intendere e di volere dell'agente. In tal modo «...possono costituire "infermità" di cui agli art. 88 e 89 c.p. anche i "gravi disturbi della personalità", atteso che essi, ancorché non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica inscrivibili nel più ristretto novero delle "malattie" mentali, sono idonei a determinare il medesimo risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive e dunque rilevano, ai fini dell'accertamento dell'imputabilità, sempre che ne sia accertato il nesso eziologico con la specifica azione criminosa » (Cass., sez. I, 31.3.2005 , n. 16574, in *Riv. it. medicina legale*, 2005, 941).
A dirimere il contrasto giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, che si sono espresse in favore della tesi che colloca i disturbi di personalità tra le infermità rilevanti ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. («Per stabilire in cosa consista l'infermità di mente di cui è menzione nell'art. 88 c.p., quale causa di esclusione dell'imputabilità, occorre fare riferimento ai criteri dettati dalla medicina e dalla psicologia, le quali nelle loro acquisizioni più recenti sono inclini a considerare malattia mentale non soltanto quelle a base organica, ma anche i semplici disturbi della personalità. Ne consegue che anche questi ultimi possono comportare l'esclusione della imputabilità, a condizione che siano di gravità ed intensità tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, e che siano state proprio esse la causa della condotta criminosa», cfr. Cass. SS. UU. 8.3.2005, n. 9163, in *Lex24*).
Una nozione così "ampliata" di infermità di mente consente quantomeno di prendere in considerazione anche il disturbo riscontrato a Ciro, affinché ne sia valutato il grado di incidenza sulla di lui capacità di intendere e di volere. Tuttavia, la mera esistenza di una patologia di un qualche rilievo psichiatrico non è, di per sé, sufficiente all'esclusione dell'imputabilità del soggetto che ne è affetto, dal momento che anche la giurisprudenza più innovativa richiede che il disturbo sia comunque caratterizzato da "gravità" e che il reato commesso vi sia eziologicamente collegato.
Ne deriva che, dal punto di vista probatorio, assumerà particolare importanza – nel caso in esame – la valutazione effettuata da periti e consulenti di parte in ordine all'entità del disturbo e al grado di incidenza di esso sulla commissione del fatto.
Ove il disturbo di personalità di Ciro venga ritenuto così significativo da condizionarne l'imputabilità, conducendo al proscioglimento *ex* art. 88 c.p. ovvero a sentenza che applichi la diminuente prevista dall'art. 89 c.p., occorrerà prendere in considerazione e valutare adeguatamente l'ulteriore profilo della "pericolosità" dell'imputato.

Infatti, se all'esito del procedimento penale Ciro sarà ritenuto pericoloso, quand'anche prosciolto (nell'ipotesi dell'infermità totale) ovvero se ritenuto seminfermo di mente, rischierà l'applicazione della misura di sicurezza (trattandosi di minorenne, del riformatorio giudiziario) dal momento che la legge prevede che detta misura sia ordinata, in presenza dei relativi presupposti (ossia pericolosità sociale e commissione del fatto di reato), con la sentenza di condanna o di proscioglimento (art. 205 c.p.).
È chiaro, peraltro, che il problema dell'imputabilità di Ciro non può essere affidato alla sola analisi del complesso disturbo di personalità riscontratogli e alla conseguente possibile dichiarazione di non punibilità (che comunque, per quanto or ora accennato, non risolverebbe la questione delle conseguenze di tipo sanzionatorio).
Trattandosi di minore infradiciottenne, occorrerà un'ulteriore valutazione della capacità d'intendere e di volere, operazione che non va confusa con l'accertamento dell'infermità mentale, dal momento che l'analisi del giudice sarà effettuata, piuttosto, sul grado di "maturità" dell'imputato.
La maturità, nozione sintetica della capacità d'intendere e di volere richiesta ai fini dell'imputabilità del soggetto che ha compiuto i 14 anni e non ancora i 18, viene identificata, in linea di massima, con lo sviluppo intellettivo, la forza di carattere, la capacità di intendere valori etici, l'attitudine a distinguere il bene dal male, il lecito dall'illecito e a determinarsi nella scelta dell'uno o dell'altro (al proposito si veda, Cass. Sez. I, 11.1.1988, RV 179473).
Anche l'accertamento della maturità del minore infradiciottenne (maturità che non è presunta dalla legge) necessita di ricerche e specifiche valutazioni sui precedenti personali e familiari del soggetto (ma non richiede l'espletamento di perizia psichiatrica essendo affidata, per scelta del legislatore, ai servizi minorili di amministrazione della giustizia).
In tale contesto normativo la vicenda di Ciro si presenta come particolarmente delicata perché il disturbo da cui è risultato affetto potrebbe ben interferire sull'evoluzione della sua personalità e pregiudicare (o aver pregiudicato) il processo di maturazione.
Vero è che, secondo la tradizionale interpretazione giurisprudenziale, immaturità e infermità mentale sono concetti ontologicamente distinti (e che i due stati possono, in un soggetto minorenne, coesistere o meno, su ciò cfr., per esempio, Cass. Sez. I, 21.12.1989, RV 183345), ma è altrettanto vero che i disturbi di personalità possono impedire al minore di raggiungere lo stato di maturità o comunque rallentarne il normale sviluppo (cfr. Cass. Sez. I, 16.1.1979, *in Giust. pen., 1979, II, 692).*
Non è, allo stato, possibile pronosticare se il fatto commesso da Ciro sarà inquadrabile come il gesto di un giovane immaturo, quindi incapace *ex* art. 98 c.p., anche se è evidente che in tale processo di valutazione occorrerà prendere in seria considerazione l'incidenza dei disturbi riscontrati al minore sullo sviluppo della sua personalità.
Ne deriva, quindi, che il procedimento a carico di Ciro potrà ben essere definito con pronuncia di non imputabilità (dovuta ad immaturità), ferma l'autonomia dell'ulteriore giudizio di pericolosità e della conseguente possibile applicazione di misura di sicurezza del riformatorio giudiziario (mantenuto nel sistema dall'art. 36 D.P.R. n. 448/1988, regolante il processo ad imputati minorenni dopo la riforma del rito penale ordinario).
La terza opzione da considerare, ai fini di una esaustiva valutazione delle varie soluzioni processuali adattabili alla vicenda di Ciro è quella, a lui evidentemente più favorevole, di una sospensione del processo con messa alla prova, istituto previsto dall'art. 28 del già citato D.P.R. n. 448/1988).

In concreto il giudice minorile, sospendendo il processo penale, può affidare il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento delle «opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno», impartendo altresì "prescrizioni" finalizzate a riparare le conseguenze del reato: il ricorso all'istituto è rimesso al potere discrezionale del giudice e postula un giudizio positivo in ordine all'opportunità di sottoporre il minore a un periodo di osservazione per la successiva valutazione della sua personalità (Cass., sez. VI, 9.2.2000 n. 3944, in *Guida al diritto*, n. 19/2000, 74).
Dal punto di vista formale, la messa alla prova non ha natura sanzionatoria perché ha come premessa la sospensione del processo penale e, come conseguenza, laddove la "prova" abbia dato l'esito sperato, l'estinzione del reato (art. 29 D.P.R. n. 448/1988) mentre ove la prova fallisca, il processo riprenderà il corso ordinario.
È quindi evidente che, in ottica difensiva, la eventuale definizione del processo a carico di Ciro con una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato (a prescindere dalla qualificazione giuridica di tentato omicidio o di lesioni personali) sarà la migliore delle soluzioni possibili per il minore che, per tale via, eviterà sia la sanzione penale che la misura di sicurezza.
Una siffatta soluzione processuale, peraltro, sarebbe palesemente incompatibile con i presupposti di fatto della sentenza di proscioglimento per infermità o per immaturità (di cui già si è scritto) dal momento che, per l'attivazione del procedimento di messa alla prova, è necessaria – da parte del minorenne candidato a beneficiarne – la seria assunzione di un impegno allo svolgimento delle prescrizioni ordinategli dal giudice (non realizzabile sia a fronte di un serio disturbo di personalità che a fronte di una conclamata e persistente immaturità).
Saranno, dunque, i prossimi accertamenti istruttori a meglio individuare quale delle tre opzioni finora delineate sarà adattabile al caso concreto di Ciro, fermo restando che, ove occorresse elaborare una strategia difensiva, da privilegiare sarebbe, in ogni caso, quella della messa alla prova che, se conclusa positivamente, estinguerebbe il reato e scongiurerebbe, ovviamente, sia il rischio della reclusione che quello dell'applicazione della misura di sicurezza.

Traccia per redazione di atto di appello

Ciro viene sottoposto a procedimento penale per il tentato omicidio del padre e condannato in primo grado dal Tribunale per i Minorenni alla pena di anni 4 di reclusione, già applicata l'attenuante della minore età prevista dall'art. 98 c.p.
In atti vi è perizia dalla quale si ricava un disturbo di personalità NAS di entità media.
Il Tribunale per i Minorenni peraltro ha ritenuto Ciro perfettamente capace di intendere e di volere al momento del fatto ed ha altresì scelto di non sospendere il procedimento per effettuare la messa alla prova del minore, motivando il diniego, da un lato, con il fatto che l'imputato, avesse violato la misura cautelare del collocamento in comunità che gli era stata applicata durante la fase delle indagini preliminari e, dall'altro "attesa la gravità del fatto" e la necessità di comminare una pena "idonea al percorso di risocializzazione del minore".
Occorre quindi assumere le vesti dell'avv. Sempronio e redigere l'appello nei confronti della decisione dei giudici di primo grado.

Svolgimento per esteso dell'atto di appello

Cancelleria del Tribunale per i Minorenni

Alla Corte d'Appello di <.....>
Sezione Persone, Minori e Famiglia

Atto d'appello
nell'interesse di Ciro

Il sottoscritto, difensore di fiducia di Ciro, nato a <.....> il <.....>, residente a <.....>, dichiara di proporre appello avverso la sentenza n. <.....>/ <.....> del Tribunale per i Minorenni di <.....>, emessa in seguito a giudizio ordinario nel procedimento n. <.....>/ <.....> RGNR nonché n. <.....>/<.....> RG dib., sentenza pronunciata il <.....> e depositata in cancelleria il <.....>,
che, applicata la diminuente della minore età e concesse le attenuanti generiche, condannava l'imputato alla pena di anni quattro di reclusione per il reato di cui all'art. 56-575 c.p.
La sentenza, impugnata in relazione ai punti e capi meglio precisati in narrativa, va riformata per i seguenti **motivi**:

Erronea valutazione del grado di maturità del minore e dell'incidenza del suo disturbo al momento del fatto
La sentenza del Tribunale per i Minorenni non ritiene fondata la richiesta di proscioglimento per immaturità, né quella – subordinata – di applicazione dell'attenuante del vizio parziale di mente.
Le argomentazioni usate sul punto dal Tribunale per i Minorenni non sono convincenti.
Il problema dell'imputabilità di Ciro è emerso sin dai primi accertamenti successivi al fatto, allorché si apprese del disturbo di personalità riscontratogli dai CT del Pubblico Ministero grazie ai tests proiettivi di personalità, svolti, tra l'altro, in epoca prossima al reato contestato al minore.
Il Tribunale per i Minorenni non ha ritenuto di trarre le dovute conseguenze dagli elementi medico-clinici acquisiti ed ha affermato la piena imputabilità del minore ed escluso persino l'incidenza del vizio parziale di mente, pur considerando l'imputato affetto da "un articolato disturbo di personalità" (definito dal CT disturbo n.a.s., ossia non altrimenti specificato).
In tale prospettiva, i Giudici non hanno dato alcuna rilevanza alle condizioni psichiche del minore, erroneamente ritenuto capace d'intendere e di volere per effetto di due valutazioni svolte in modo parallelo, la prima sulla maturità del minore imputato e la seconda sul disturbo riscontratogli, ignorando quindi la possibile (anzi probabile) incidenza della seconda, ossia del disturbo di personalità, sulla prima, ossia sullo sviluppo psichico.
Il Tribunale (si vedano le pagine 8 e 9 della sentenza impugnata) ha ritenuto di mantenere ferma la «demarcazione tra la condizione di immaturità del minore e quella di infermità mentale <.....> », soffermandosi dapprima su elementi che dovrebbero essere indicativi della maturazione dell'imputato, «...tale da consentirgli di comprendere il disvalore del fatto commesso e di determinarsi con sufficiente spazio di libertà <.....>».
In particolare, in senso contrario al giudizio d'immaturità verrebbero in gioco, secondo il Tribunale: dapprima l'età del prevenuto (che aveva, al momento del fatto, compiuto i 16 anni);

in secondo luogo, la contrarietà della sua condotta a regole etiche "minime", da tutti apprezzabili; infine, la comprovata capacità di autodeterminarsi, che si sarebbe manifestata, tuttavia, solo nel corso del dibattimento, allorché «il minore mostra consapevolezza dell'atto criminoso e se ne dissocia» (pag. 9 della sentenza).
Un siffatto giudizio prescinde da un valido concreto accertamento della capacità d'intendere e di volere, essendo fondato su presunzioni (l'età e il disvalore) o sul criterio, logicamente inaccettabile, in base al quale la manifestazione di un recesso dalla propria condotta finirebbe per comprovare l'avvenuta acquisizione di determinati valori (sintomatici, parrebbe, del raggiungimento della maturità) che, invece, com'è ovvio, avrebbero dovuto essere parte del patrimonio conoscitivo del minore già al momento della commissione del fatto.
Il giudizio sulla capacità d'intendere e di volere va trasferito, insomma, al momento del fatto, allorché pare ragionevole sostenere che il minore ne fosse privo.
È infatti comprovato che, durante il percorso di crescita del giovane hanno sicuramente inciso fattori:

1) organici, per la sua oggettiva carenza affettiva (riscontrata dal test proiettivo di personalità), insieme alla riscontrata (relazione CTPM) patologia n.a.s. e/o (relazione CT della difesa) *borderline*, caratterizzata per di più da spunti depressivi e forte appiattimento dell'affettività: «una vera patologia del pensiero» (così ancora la relazione CTPM) di cui il Tribunale per i Minorenni non tiene conto;
2) riconducibili allo sviluppo emotivo e psicologico del soggetto, che risultava necessitare di vicinanza affettiva, sperimentava un senso di solitudine ed era in posizione di dipendenza dagli altri (tant'è che gli vengono riscontrati i tratti del disturbo dipendente di personalità; infine, molto immaturo, aveva una percezione di sé e degli altri esclusivamente basata sulla fantasia, si vedono sul punto le due relazioni dei CT);
3) riconducibili all'ambito "sociale", da porre in relazione all'ambiente in cui è cresciuto, alla famiglia, a evidenti disagi personali.

Si noti che la compresenza dei tre fattori è particolarmente significativa perché ciascuno di loro è astrattamente idoneo ad incidere sullo sviluppo psicofisico del minore.
Un'altra riflessione, invece, sul disturbo riscontrato a Ciro.
I consulenti tecnici hanno diagnosticato un disturbo di personalità n.a.s. (definendola *immatura* e impulsiva: vi sarebbero, cioé, più sintomi di diversi disturbi, senza che l'uno prevalga sugli altri).
Nel corso delle indagini preliminari, il CT del PM aveva redatto una prima relazione (acquisita nel dibattimento, dopo l'esame dello stesso consulente) dove pure affermava che Ciro «<.....> sembra mancare completamente di consapevolezza e critica rispetto alle conseguenze dei propri comportamenti <.....>», il che, in definitiva, è un giudizio di incapacità di intendere e di volere perfettamente sovrapponibile e coincidente con la definizione di "minore non imputabile": si tratta, semplicemente, di trasferire in ambito giuridico le valutazioni effettuate dallo psichiatra; operazione tutt'altro che impossibile dopo l'accoglimento dei disturbi di personalità tra le cause idonee ad incidere autonomamente sull'imputabilità (Cass., SS. UU., 8.3.2005, n. 9163).
A ragionare diversamente, occorre ammettere che la mancanza di maturità riscontrata psichiatricamente non può rilevare nella valutazione giuridica della crescita biopsichica del minore,

mentre pare evidente che i due temi vengono distanziati (come ha fatto il Tribunale per i Minorenni) solo artificialmente, sulla base di una non sempre comprensibile demarcazione tra accertamento dell'infermità da mantenersi autonomo rispetto a quello della maturità.
Fin qui il problema teorico.
In concreto, tuttavia, resta difficilmente afferrabile la riscontrata coesistenza del *deficit* psichico descritto dai consulenti e la ritenuta (dai Giudici del Tribunale per i Minorenni) «attitudine alla comprensione del mondo circostante» (p. 11 della sentenza): il Giudice di primo grado non ha in realtà effettuato l'analisi della possibile incidenza dei dati caratterizzanti l'infermità dell'imputato sul suo sviluppo psichico e/o sulla sua capacità di autodeterminarsi, limitandosi a una valutazione delle condizioni psichiatriche del prevenuto ben distinta dalla valutazione degli elementi che caratterizzerebbero la capacità di comprendere il disvalore del reato; sicché, se l'esistenza di un'infermità non comporta l'automatica incapacità dell'infradiciottenne -come sostenuto dal Tribunale per i Minorenni- non si può perciò solo rinunciare a verificare se l'infermità abbia impedito al minore di raggiungere lo stato di maturità (v. al proposito Cass., Sez. I, 16.1.1979, in *Giust. pen*. 1979, II, 692).
Nel caso specifico, per di più, i parametri di valutazione della maturità, quali il disvalore del fatto e, addirittura, l'età dell'imputato (del tutto inconferente nel caso concreto), sono stati apprezzati in modo assai generico, fino ad essere trasformati in presunzioni e svincolati dalla loro pur necessaria valutazione in concreto (su ciò invece, per es., Cass. Sez. III, 24.6.1983, in *Cass. pen*. 1985, 1543, n. 953).
Laddove siffatta valutazione concreta non avvenga o non sia possibile, da ciò non dovrà conseguire un danno per l'imputato (tanto più che anche il dubbio sull'imputabilità implicherebbe una pronuncia *ex* art. 530, comma 2, c.p.p.).

Erronea qualificazione giuridica del fatto
Il Tribunale per i Minorenni ha ritenuto integrata la più grave violazione di tentato omicidio contestata al minore senza peraltro esternare con chiarezza le ragioni di siffatta qualificazione giuridica della vicenda.
Al proposito, anzi, i Giudici del primo grado hanno semplicemente effettuato un rinvio alle risultanze delle cartelle cliniche e, tra queste, ai primi accertamenti del Pronto Soccorso, allorché la *prognosi* di guaribilità della persona offesa era ovviamente *riservata*, senza procedere ad una seria valutazione dei risultati della perizia medica in atti, dalla quale potevano ricavarsi le modalità con cui il colpo era stato inferto dal minore al genitore.
Si trattò, pacificamente – di un singolo colpo di coltello, scarsamente penetrato nel petto della persona offesa, che mai fu dichiarato in pericolo di vita – evenienza che da sola avrebbe dovuto condurre i Giudici del primo grado di giudizio a ritenere integrata la lesione personale, quand'anche aggravata.
Secondo i periti, il colpo di coltello fu deviato da una costola del genitore di Ciro: se ciò, com'è ovvio, implica che la forza applicata dell'agente non sia stata idonea a commettere un omicidio, se ne potrà ricavare l'inesistenza dell'*animus necandi* e del dolo di tentativo (nel senso che gli atti compiuti dall'agente non risultano diretti in modo non equivoco alla realizzazione dell'evento delittuoso) e pervenire alla derubricazione del fatto nella fattispecie più lieve.
Per di più, anche i normali tempi di decorso della degenza e la rapida guarigione della ferita avrebbero dovuto convincere i Giudicanti della diversa e meno grave qualificazione giuridica del fatto.

Irragionevolezza del diniego della messa alla prova

La difesa di Ciro aveva richiesto la sospensione del processo affinché il minore venisse messo alla prova.

Lo stesso Ciro aveva mostrato piena disponibilità a sottoporsi al relativo programma che, pure, i Servizi avevano iniziato a predisporre, tenendo conto dell'esigenza di sottoporre il giovane a terapie di sostegno, affinché potesse correttamente rielaborare l'accaduto, oltre a effettuare attività socialmente utile.

Malgrado l'adesione (non di convenienza, ma "sincera", si veda, sul punto, la Relazione degli Educatori della Comunità datata 5.12.2010) dell'imputato e la disponibilità dei Servizi (Relazione 12.12.2010), il Tribunale per i Minorenni escludeva la praticabilità della messa alla prova utilizzando una motivazione, a dir poco, contraddittoria.

Infatti i Giudici di prime cure sostenevano che il minore, ritenuto dal Tribunale «inidoneo e non disponibile al lavoro su se stesso» non mostrasse sufficiente affidabilità e "maturità" per effettuare il percorso di messa alla prova (diniego, pertanto, singolare, se si pensa che l'affermazione proviene dallo stesso giudice che ritiene il minore "maturo" ai fini della punibilità) utilizzando *in malam partem* le relazioni (che allora valutavano assai negativamente il comportamento del minore) degli educatori della Comunità ove Ciro era stato collocato subito dopo essere stato scarcerato.

Ai fini della messa alla prova il Tribunale per i Minorenni avrebbe dovuto tenere conto dei progressi mostrati dal minore e riscontrati nelle più recenti relazioni e aggiornate quanto ai progressi della personalità del giovane.

Ma v'è di peggio: seppure in tutt'altra prospettiva, il Tribunale per i Minorenni aveva riconosciuto che, nel corso del giudizio dibattimentale, «il minore mostra(va) consapevolezza dell'atto criminoso e se ne dissocia(va)» (pag. 9 della sentenza, già citata sopra) sicché non si riesce a comprendere per quale ragione non si sia dato luogo alla sospensione del processo affinché venisse finalmente iniziato il percorso di messa alla prova che ha, tra i suoi presupposti logici, la manifestata volontà dell'autore del fatto di mettere in discussione il proprio comportamento.

Una tal chiusura discenderebbe, secondo taluni passaggi della sentenza di primo grado, dalla "gravità del fatto" e dalla «necessità di comminare una pena idonea al percorso di risocializzazione del minore» (p. 14 della sentenza).

Quest'ultima riflessione del Tribunale per i Minorenni appartiene, dunque, a una prospettiva pessimistica nei confronti di ogni possibile risocializzazione non carceraria del minore, opzione che pare estranea ai principi del processo penale minorile e alla stessa finalità rieducativa della pena.

Irragionevolezza nella scelta della pena e nella sua quantificazione

Per quanto sopra osservato, il Tribunale per i Minorenni non pare avere fatto, nel caso di Ciro, una corretta applicazione dei principi del processo penale minorile.

D'altra parte, sembra ingiustificata anche la scelta di determinare una pena così alta dal momento che la sentenza non ha in alcun modo valorizzato i progressi del minore nella rielaborazione del fatto (progressi che pure erano stati ben documentati nelle Relazioni in atti) e ai quali fa cenno lo stesso Tribunale per i Minorenni (pag. 9, ma anche pag. 14, per motivare la concessione delle attenuanti generiche).

La sentenza qui appellata, le cui motivazioni risultano totalmente ancorate al "disvalore" del fatto, ha sistematicamente ignorato ogni percorso di mitigazione ed ogni opzione di risocializzazione (e soprattutto, di consapevole responsabilizzazione) che avrebbe dovuto premiare gli sforzi

messi in atto dal minore per prendere criticamente coscienza dell'accaduto: il Tribunale per i Minorenni, insomma, finisce per trattare Ciro come un adulto omettendo di applicare gli istituti del diritto minorile (maturità e messa alla prova), pervenendo alla determinazione di una pena senza utilizzare correttamente i criteri contenuti nell'art. 133 c.p. (nella parte in cui chiamano il giudice a valutare anche il comportamento del reo dopo il fatto) e, infine, non tenendo conto della prognosi di non recidiva implicitamente suggerita dalle stesse relazioni dei Servizi acquisite in atti. In altri termini: nel caso concreto, e al di là della qualificazione giuridica del fatto, la pena avrebbe potuto essere contenuta in misura tale da consentire quantomeno la sospensione condizionale della pena.

Per quanto sopra

si chiede

alla Corte d'Appello

di voler prosciogliere il minore per difetto di imputabilità;

in subordine, ed eventualmente previa derubricazione del fatto nel reato di lesioni personali, di voler sospendere il processo per avviare il minore alla messa alla prova;

in ulteriore subordine, di volere riconoscere il vizio parziale di mente, e conseguentemente diminuire la pena;

in estremo subordine, di contenere la pena nel minimo edittale e ordinarne la sospensione condizionale.

Le sentenze in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. Un. Pen. , 8 marzo 2005, n. 9163
Imputabilità - Vizio di mente - In genere - Malattie rilevanti per la sua esclusione o riduzione - Abnormità psichiche e disturbi della personalità - Inquadramento tra le infermità di mente - Condizioni - Fattispecie.

Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i "disturbi della personalità", che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità", purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di "infermità".

Corte Costituzionale 24 aprile 2009, n. 117
Reati e pene - Misure di sicurezza - Applicazione anche nei confronti di minori infraquattordicenni senza previsione di alcun limite di età - Lamentata violazione dei diritti inviolabili della persona-Manifesta inammissibilità della questione.

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 224 del codice penale e degli artt. 37 e 38 del D.P.R. 22/9/1988, n. 448, censurati, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 24, 31 e 111 della Costituzione, laddove consentono l'applicazione di una misura di sicurezza, anche nei confronti di minori infraquattordicenni senza previsione di alcun limite di età.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

5. Ricettazione

(di Stefano Vittorini Giuliano)

Traccia per la redazione del parere

Tizio accetta un passaggio sull'autovettura di Caio.
Durante il tragitto Tizio si avvede che il cruscotto del veicolo e il nottolino dell'accensione presentano taluni segni di effrazione.
Percorsi alcuni chilometri l'auto guidata da Caio viene fermata dalla Polizia Stradale per un controllo: gli operanti, effettuata una verifica via radio, sottopongono il veicolo – risultato provento di un furto commesso da circa un mese – a sequestro.
Pochi giorni dopo giunge al domicilio di Tizio e Caio il provvedimento di convalida del sequestro.
Tizio si rivolge al proprio legale per chiedere un parere sull'accaduto e per potere comprendere come difendersi nel procedimento penale a suo carico.
Assunte le vesti del legale di Tizio, si provveda a stendere il parere motivato richiesto, provvedendo ad illustrare brevemente la fattispecie di reato in contestazione e a delineare una possibile linea di difesa in favore di Tizio.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione del parere richiesto nella traccia richiede un cenno preliminare ai problemi da focalizzare per sviluppare le argomentazioni pertinenti.
Tema di lavoro è l'individuazione di una linea difensiva in favore di Tizio a cui, in base alla traccia, viene attribuito un reato contro il patrimonio a causa della sua presenza sulla vettura di Caio, risultata rubata tempo prima.
Non vi si richiede di effettuare elaborazioni in materia di prova che, nella specie, è un elemento neutro (al momento, non è dato conoscere l'atteggiamento processuale del coindagato Caio) ma di elaborare un parere in base agli elementi a voi resi noti: al proposito, la traccia fornisce due informazioni di chiara importanza *(Tizio accetta un passaggio sull'autovettura di Caio e durante il tragitto si avvede che il cruscotto del veicolo e il nottolino dell'accensione presentano taluni segni di effrazione).*
Irrinunciabile, quindi, sarà la valutazione del profilo della eventuale compartecipazione al reato commesso da altri (in primo luogo da Caio) e quello della consapevolezza, in capo a Tizio, della provenienza delittuosa del bene, così come sarà inevitabile l'individuazione delle fattispecie di reato che possono essere attribuite a Tizio *(il veicolo* su cui viaggiava è *risultato provento di un furto)*, per poi valutare se egli si sia reso responsabile di una violazione della legge penale.

Operazione non complessa, ma essenziale per una razionale organizzazione dell'elaborato, è l'individuazione delle norme di possibile rilievo applicativo alla fattispecie.
In linea astratta, ogni reato contro il patrimonio può essere il presupposto di una illecita detenzione del bene (nella specie l'autoveicolo guidato da Caio) ma –nella concreta situazione in cui Tizio e Caio sono stati sottoposti a controllo (e dalle informazioni fornite nella stessa traccia)- le fattispecie addebitabili risultano essere soltanto due, ossia il furto e la ricettazione.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 110 c.p. Pena per coloro che concorrono nel reato
Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

Art. 624 c.p. Furto
Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516.
Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico.
Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra una o più delle circostanze di cui agli articoli 61, numero 7), e 625.

Art. 625 c.p. Circostanze aggravanti
La pena per il fatto previsto dall'articolo 624 è della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 103 a euro 1.032:
[1. *se il colpevole, per commettere il fatto si introduce o si trattiene in un edificio o in un altro luogo destinato ad abitazione]* (1)
2. se il colpevole usa violenza sulle cose o si vale di un qualsiasi mezzo fraudolento;
3. se il colpevole porta in dosso armi o narcotici, senza farne uso;
4. se il fatto è commesso con destrezza;
5. se il fatto è commesso da tre o più persone, ovvero anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale o d'incaricato di un pubblico servizio;
6. se il fatto è commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande;
7. se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza;
8. se il fatto è commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria.
Se concorrono due o più delle circostanze prevedute dai numeri precedenti, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da euro 206 a euro 1.549.

(1) *Numero soppresso dall'art. 2, comma 3 l. 26.3.2001 n. 128. Si veda l'art. 624-bis c.p.*

Art. 648 c.p. Ricettazione
Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da euro 516 a euro 10.329.

La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 516, se il fatto è di particolare tenuità. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Lo scritto necessita di una breve premessa che conduca il lettore al cuore del problema (gioverà al proposito, riproporre le premesse e i termini del quesito): contenuto del parere sarà

a) la individuazione del reato attribuibile a Tizio e

b) la delineazione della possibile difesa di questi in sede giudiziaria.

Come sopra accennato, la detenzione di un veicolo rubato riconduce al furto o alla ricettazione quali ipotesi di reato astrattamente addebitabili a Tizio e Caio.

Ciò implica un certo percorso logico da seguire per arrivare a scegliere la fattispecie più pertinente.

Una buona soluzione di tecnica espositiva e argomentativa è quella di individuare dapprima la fattispecie che di seguito verrà esclusa o comunque ritenuta di minore credibilità.

Da non sottovalutare che il furto risulterebbe aggravato perché la traccia indica l'avvenuta forzatura del veicolo (avvenuta quantomeno per poterlo mettere in moto).

Occorrerà pertanto rilevare l'aggravante o, più ragionevolmente, le due aggravanti che potrebbero essere contemplate da una imputazione di furto del veicolo.

Com'è noto il furto richiede, per definizione («chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene...»), attività di sottrazione del bene al detentore mentre la ricettazione si caratterizza per la ricezione del bene già sottratto o già illegittimamente detenuto da terzi, sicché pare agevole, in base agli elementi suggeriti nella traccia, individuare nella violazione dell'art. 648 c.p. il reato che viene contestato a Tizio (nulla indica che Tizio sia autore o complice di un furto perchè il fatto "di rinvenimento del bene" da parte degli agenti di polizia descritto nella traccia si verifica in una fase palesemente successiva alla sottrazione del bene).

D'altra parte sarebbe impensabile la duplice (o alternativa) contestazione di entrambi i profili di reato: in definitiva, per la sua natura di fattispecie "residuale" (la norma incriminatrice recita: "fuori dei casi di concorso" nel reato presupposto...), la ricettazione è l'ipotesi più pertinente al fatto così come delineato.

Il secondo aspetto da analizzare richiede la maggiore conoscenza dei principi generali del sistema penale.

Occorrerà infatti valutare se:

a) Caio concorra nella ricettazione (eventualmente ipotizzabile in capo a Tizio);

b) si configuri l'elemento soggettivo della ricettazione;

c) si possa contestare a Caio una relazione di fatto con la *res* di provenienza furtiva.

Si tratta di un percorso argomentativo, dove quindi le conclusioni dovranno avere premesse ancorate a solide basi di diritto (eventualmente fondate sulle massime giurisprudenziali).

Un cenno, dunque, a tali irrinunciabili premesse (non necessariamente da trasferire nel contenuto del parere):

a) oltre alla realizzazione della materialità del reato e alla presenza di una pluralità di agenti,

perché vi sia il concorso di persone nel reato occorrono anche il contributo di ciascun concorrente alla realizzazione del fatto tipico e la consapevolezza di parteciparvi (il dolo di concorso ha un contenuto più complesso rispetto a quello del reato monosoggettivo);

b) l'elemento soggettivo della ricettazione si caratterizza, notoriamente, per la particolare componente cognitiva: non solo occorre la consapevolezza di acquistare, ricevere, etc. una *res* perché l'agente deve anche essere consapevole della provenienza delittuosa di quel bene; nella concreta fattispecie, laddove si ipotizzi il concorso di Tizio nella ricettazione di Caio, occorrerà rammentare che per la compartecipazione non è sempre necessario il "previo concerto" tra i vari concorrenti nel reato, giacché secondo le tesi più accreditate in dottrina e giurisprudenza, la coscienza di concorrere nel reato può manifestarsi anche con la semplice adesione, talora anche unilaterale;

c) dovrete valutare in quale momento può dirsi consumato il reato di ricettazione (ciò per verificare se, in base alle circostanze di fatto a voi note, si possa dedurre che Tizio assume, in un qualche momento della vicenda descritta nella traccia, il controllo della vettura rubata).

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Tizio sale sul veicolo guidato da Caio e, una volta a bordo, ha le informazioni che lo dovrebbero mettere in grado di valutare se l'auto è stata precedentemente oggetto di un furto con violenza sulle cose.

Compiuto un breve tragitto, come trasportato, sulla vettura in uso a Caio, Tizio subisce (come Caio, del resto) il controllo da parte della Polizia.

Tizio è quindi indagato, verosimilmente per ricettazione, e occorre abbozzarne la linea difensiva.

Opzioni difensive a disposizione. Fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Laddove si individui nella ricettazione il reato contestato a Tizio, gioverà richiamare nel parere, anche ricorrendo alla giurisprudenza, i problemi di fondo dell'elemento soggettivo del reato previsto dall'art. 648 c.p. (il dolo si estende alla consapevolezza della provenienza delittuosa del bene).

In punto di dolo della ricettazione, la giurisprudenza – specie quella di merito[1] – è molto severa, accontentandosi del dolo eventuale[2] e affermando che anche il dubbio sulla provenienza

[1] Tra le ultime note: Trib. Genova 21.6.2010 n. 3226, in www.diritto24.ilsole24ore.com, la cui massima afferma "perché si configuri il delitto in questione, ciò che rileva è la consapevolezza dell'imputato, anche generica, di ricevere una cosa di provenienza delittuosa senza alcuna precauzione, accendo il rischio a ciò connesso".

[2] «In tema di ricettazione, è sufficiente il dolo eventuale, che è ravvisabile quando il soggetto riceve la cosa non con mera negligenza, ma nella consapevole accettazione del rischio che questa sia di provenienza illecita» (Cass. Sez. II., 13,11.2000, n. 12566). Tra le più recenti in questo senso si veda Cass. Sez. II, 22.1.2008 n. 5996: «Il criterio distintivo tra la ricettazione e l'incauto acquisto deve ricercarsi nell'elemento psicologico, nel senso che si configura il primo reato, sotto il profilo del dolo eventuale, ogniqualvolta l'agente si è posto il quesito circa la legittima provenienza della res risolvendolo nel senso dell'indifferenza della soluzione; mentre si configura la fattispecie contravvenzionale quando il soggetto ha agito con negligenza, nel senso che, pur sussistendo oggettivamente il dovere di sospettare circa l'illecita provenienza dell'oggetto, egli non si è posto il problema e ha, quindi, colposamente realizzato la condotta vietata. In sostanza, nel delitto di ricettazione è ravvisabile il dolo eventuale quando la situazione fattuale – nella valutazione operata dal giudice di merito in conformità alle regole della logica e dell'esperienza – sia tale da far ragionevolmente ritenere che non vi sia stata una semplice mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della res, ma una consapevole accettazione del rischio che la cosa acquistata o ricevuta fosse di provenienza illecita».

delittuosa è sufficiente a integrare l'elemento soggettivo del reato: com'è noto, parte della giurisprudenza di legittimità[3] e la dottrina dominante manifestano perplessità su un siffatto severo orientamento, che pare estraneo al dettato dell'art. 648 c.p., rilevando che nei confronti di un accadimento del passato il dubbio non implica conoscenza di ciò che si è verificato e concludendo che il dolo della ricettazione non può che essere quello diretto[4].
Al proposito le Sezioni Unite della Cassazione, recentemente pronunciatesi, non hanno risolto compiutamente la questione e anzi hanno confermato che il dolo eventuale è sufficiente per ritenere integrata la ricettazione, rimodellando, tuttavia, l'istituto nel richiedere, che l'agente effettui una "precisa e inequivoca scelta", tant'è che, secondo la Suprema Corte «il dolo eventuale non può essere ravvisato da un semplice motivo di sospetto ma è necessaria una situazione fattuale tale che, dal punto di vista soggettivo, renda pressoché inequivocabile la provenienza illecita del bene acquistato» (Cass. SS. UU., 30.3.2010 n. 12433, in GD n. 20 del 15.5.2010).
Dev'essere chiaro che il tema del dolo, seppure fondamentale per la descrizione della fattispecie di reato ex art. 648 c.p. (che la traccia chiede di illustrare) non è l'unica strada per definire la linea di difesa di Tizio.
Di sicuro interesse, piuttosto, i seguenti aspetti:

– in fatto: Tizio si è limitato ad accettare un passaggio (dal punto di vista probatorio: egli è trasportato);
– in fatto: egli ha avuto poco tempo a disposizione per rendersi conto che l'auto aveva provenienza illecita;
– è tutt'altro che pacifico che, alla vista di una manomissione del congegno di avviamento del veicolo, si debba concludere per l'esistenza di un delitto presupposto;
– non vi sono elementi concreti da cui desumere il concorso di Tizio nella ricettazione (né, ovviamente, nel furto presupposto);
– Tizio ha solo un contatto occasionale con il bene precedentemente rubato e non ne entra mai in possesso, manca quindi la relazione di fatto con la *res* di provenienza illecita, che invece caratterizza la condotta di ricettazione;
– d'altra parte, la ricettazione è reato istantaneo e quando Tizio accetta il passaggio da Caio, si è già consumata mentre, in base alla circostanze di fatto note (Caio gode di piena e autonoma detenzione del veicolo), non potrà certo sostenersi che il bene è successivamente passato nella disponibilità di Tizio che, per di più, non può giuridicamente concorrere a posteriori nel fatto altrui.

Da quanto sopra si potrà ragionevolmente concludere per l'assenza di responsabilità in capo a Tizio.

Conclusioni (argomentazioni e temi da esporre nella traccia)

[3] Per la configurabilità dell'elemento psicologico del reato di ricettazione non è sufficiente il dolo eventuale, poiché la rappresentazione del dubbio della provenienza illecita della cosa acquistata o ricevuta, ovvero la rappresentazione dell'eventualità che questa provenga da delitto, integra la fattispecie dell'incauto acquisto di cui all'art. 712 c.p., che punisce colui che «senza averne accertato la legittima provenienza, acquista o riceve a qualsiasi titolo cose che per la loro qualità o per le condizioni di chi le offre o per l'entità del prezzo, si abbia motivo di sospettare che provengano da reato» (Cass., Sez. II, 15.10.2002, n. 5123).

[4] Fiandaca-Musco, Diritto penale, p. speciale, vol. II, Delitti contro il patrimonio, Zanichelli, 1997, p. 191.

Svolgimento del parere per esteso

Si chiede al difensore di Tizio di valutare gli eventuali profili di responsabilità o corresponsabilità discendente dalla presenza dello stesso Tizio su un veicolo provento di furto ma guidato da altro soggetto.
Risulta, infatti, che Tizio abbia accettato di essere trasportato sulla vettura guidata da Caio e che si sia accorto, durante il tragitto, della presenza di segni di effrazione.
In quello stesso contesto di tempo il veicolo, sottoposto a controllo da parte della Polizia, risultando rubato da circa un mese, veniva sequestrato e i due, che si trovavano a bordo, conseguentemente indagati.
Occorre valutare, preliminarmente, quali siano i reati astrattamente ipotizzabili a carico di Tizio e, successivamente, elaborarne una linea di difesa.
Nel caso in esame rilevano essenzialmente due fattispecie di reato le quali possono alternativamente, (ma non congiuntamente, per via del principio di specialità) essere oggetto di contestazione in situazioni in cui il bene in sequestro è palesemente provento di furto: al detentore del bene può, in effetti, essere addebitato il furto del veicolo oppure la ricettazione, ossia l'acquisto ovvero la ricezione o l'occultamento del veicolo nella consapevolezza che provenga da reato.
Il furto d'auto è, perlopiù, caratterizzato da una o più aggravanti, dal momento che l'effrazione e la forzatura della serrature sono pacificamente considerate "violenza sulle cose" (art. 625, n. 2, c.p.) e che gli autoveicoli, se parcheggiati sulla pubblica via, sono, per definizione, esposti alla pubblica fede (art. 625, n. 7, c.p.), anche quando le serrature delle portiere sono state chiuse a chiave (Cass., Sez. V, 5.2.2004, RV 228757) o quando l'auto è stata dotata di antifurto (che, secondo Cass. Sez. II, 16.5.1985, RV 170556, non elimina il pubblico affidamento della res).
Non vi sono elementi di fatto, tuttavia, per potere addebitare a Tizio il concorso nel furto aggravato del veicolo dal momento che egli non ha evidentemente tenuto alcun tipo di condotta di "sottrazione" del bene ovvero di compartecipazione, morale o materiale, al furto commesso da altri.
Per contro è sostenibile l'ipotesi di una ricettazione (evidentemente in concorso, dal momento che la convalida del sequestro viene notificata sia a Tizio che a Caio), fattispecie caratterizzata, come sopra accennato, dall'acquisto o dalla ricezione od occultamento della res provento di delitto, "fuori dei casi di concorso" nel reato presupposto.
Scopo della previsione di cui all'art. 648 c.p. è la repressione dell'illecito incremento patrimoniale che deriva dall'acquisizione di beni di provenienza illegittima (Cass. 12.1.1996, RV 203809): da ciò deriva che la ricettazione, la cui condotta tipica è idonea a rafforzare l'offesa originariamente arrecata da altro delitto, cosiddetto "delitto presupposto", è annoverata tra i reati contro il patrimonio.
Ovviamente il dolo della ricettazione non deve essere inteso solo come volontà di ricevere o acquistare il bene, ma deve anche essere caratterizzato dalla consapevolezza della illecita provenienza di quel bene: è responsabile della ricettazione, in altri termini, colui che acquista un bene sapendo che proviene da un delitto.
La Cassazione è solita affermare che, per la configurabilità del delitto di ricettazione, è necessaria la consapevolezza della provenienza illecita del bene ricevuto senza che tale consapevolezza si estenda alla precisa e completa conoscenza delle circostanze di tempo, di moto e luogo del reato presupposto, potendo anche essere desunta da prove indirette, purché gravi, univoche e tali da

generare in qualsiasi persona di media levatura intellettuale, e secondo la comune esperienza, la certezza della provenienza illecita di quanto ricevuto (Cass. Sez. II, 7.4.2004, RV 228797).
Occorre ancora rammentare che la prevalente giurisprudenza ravvisa nella ricettazione il dolo eventuale sicché la consapevolezza della provenienza illecita della res deve ritenersi sussistente anche quando nella mente dell'agente si sia affacciato il dubbio della provenienza delittuosa ed egli, nonostante ciò, ne abbia accettato il rischio (Cass. Sez. VI, 31.5.1993, RV 194913 e, tra le ultime, Cass Sez. II, 22.1.2008 n. 5996).
Date queste premesse, tutt'altro che irragionevole, nella prospettiva di un'accusa formulata a Tizio e a Caio, è l'ipotesi che costoro, non identificabili con gli autori del furto siano, piuttosto, coloro che hanno ricevuto o acquisito il bene in tempi successivi all'originaria sottrazione dell'auto al legittimo possessore (vicenda che diviene, pertanto, il delitto presupposto della ricettazione addebitata a Caio e a Tizio): il furto dell'auto su cui viaggiavano Caio e Tizio al momento del controllo della Polizia risulta infatti avvenuto un mese prima, sicché gli elementi di fatto a disposizione non consentono l'attribuzione di una specifica attività di "sottrazione" del bene, elemento invece caratterizzante il fatto punito dall'art. 624 c.p.
Per la corretta elaborazione di una linea difensiva, con riferimento alla posizione di Tizio, occorre sottolineare come egli si sia limitato ad accettare un passaggio da Caio e di avere notato, una volta salito sull'autovettura, i segni di effrazione e di manomissione del dispositivo di accensione.
Siffatti elementi non sembrano sufficienti a configurare in capo a Tizio una qualche forma di responsabilità per il reato in esame.
Infatti, affinché il reato di ricettazione si perfezioni, sotto il profilo oggettivo, è necessario che l'agente ponga in essere una delle condotte contemplate dall'art. 648 c.p. o, in riferimento all'ipotesi plurisoggettiva, abbia apportato un contributo causale, materiale o meramente psicologico, alla loro realizzazione.
Le condotte descritte dalla norma in esame implicano che l'agente acquisti il possesso della cosa di provenienza illecita mentre, in base agli elementi di fatto disponibili, si può ragionevolmente escludere che Tizio abbia mai esercitato una qualche forma di controllo sul veicolo sul quale era trasportato.
Quand'anche si ritenesse ch'egli, notando i segni esteriori della effrazione, avrebbe dovuto rendersi conto della provenienza delittuosa della vettura non si potrebbe, comunque, ritenere realizzata la condotta caratterizzante il reato in esame perché difetta il trasferimento del bene nella disponibilità di Tizio.
Ad analoghe conclusioni si perviene anche analizzando l'ipotesi di un concorso di Tizio nella eventuale ricettazione di Caio.
Poiché ricorra l'ipotesi concorsuale di ricettazione è sufficiente, in forza del combinato disposto degli artt. 110 e 648 c.p., che il soggetto ponga in essere una condotta atipica che sia dotata di un'efficacia causale, rilevante sul piano materiale o morale ai fini della realizzazione del reato de quo; efficacia causale che svolge un ruolo per così dire tipizzante della condotta atipica posta in essere dal concorrente.
Prendendo le mosse dal dettato normativo di cui all'art. 648 c.p. occorre, pertanto, domandarsi se la condotta di Tizio – il quale, si rammenti, è semplicemente "trasportato" sul veicolo guidato da Caio – abbia in qualche modo apportato un contributo causale alla realizzazione del reato di ricettazione e quindi della condotta tipica di acquisto o ricezione di cosa di provenienza delittuosa.

Occorre, al proposito, individuare il momento consumativo della ricettazione che, essendo reato istantaneo, si perfeziona nel momento in cui l'agente ottiene il possesso della cosa: nella concreta fattispecie, l'elemento materiale dell'acquisizione del possesso è ovviamente il momento della ricezione o dell'acquisto dell'autovettura che, quand'anche o qualora attribuibile a Caio, si è ormai verificato allorché Tizio accetta il passaggio e sale sul veicolo.
Essendo la ricettazione un reato istantaneo, «non è configurabile un concorso morale a posteriori, per adesione psicologica alla ricettazione consumata da altri. Il concorso morale può precedere l'esecuzione del reato o esprimersi nel corso della fase esecutiva, ma non successivamente a reato consumato». Tant'è che solo una «successiva ricezione della cosa può dar luogo a ulteriore ricettazione, sempre che sussista il relativo elemento psicologico e si stabilisca una relazione di fatto con la cosa che ne comporti la disponibilità» (Cass. 4.12.1991, RV 191007).
Sulla scorta di tali considerazioni, si ritiene dover negare qualsiasi efficacia causale alla condotta di Tizio ai fini della realizzazione del reato, poiché nel momento in cui è posta in essere dall'agente il delitto di ricettazione è da intendersi già perfezionato.
L'ipotesi di una contestazione fondata sulla semplice accettazione del rischio della illecita provenienza del bene (laddove, aderendo al più rigoroso orientamento giurisprudenziale, s'intenda identificare l'elemento soggettivo del reato de quo con il dolo eventuale), seppure suggestiva, non basterebbe comunque all'attribuzione di responsabilità a Tizio, che mai ha esercitato un controllo sul veicolo guidato da Caio, e che quindi mai ha realizzato il fatto tipico previsto dalla norma (e, per le già esposte considerazioni, non è neppure concorso con il reato eventualmente addebitabile a Caio).

Traccia per la redazione di atto di appello

Caio e Tizio sono rinviati a giudizio per ricettazione in concorso davanti al Tribunale in composizione monocratica.
All'esito del dibattimento Caio, gravato da precedenti penali, viene condannato per ricettazione dell'autoveicolo alla pena di due anni di reclusione oltre a 1.000 euro di multa mentre Tizio, che risultava incensurato, viene condannato (quale concorrente nel reato di Caio) alla pena di un anno e quattro mesi e multa di 800 euro, previo riconoscimento delle attenuanti generiche previste dall'art. 62 bis *c.p.*
Nella veste del difensore di Tizio, redigete atto d'appello per impugnare la sentenza che ha condannato il vostro assistito.

Svolgimento dell'atto per esteso

Cancelleria del Tribunale

Alla Corte d'Appello di <.....> Atto d'appello
nell'interesse di Tizio

Il sottoscritto, difensore di fiducia del signor Tizio, nato a <.....> il <.....>, residente a <.....>, dichiara di proporre appello avverso la sentenza n. <.....>/<.....> del Tribunale di <.....>, emessa in seguito a giudizio ordinario nel procedimento n. <.....>/ <.....>

RGNR nonché n. <.....>/<.....> RG dib. RGGIP, sentenza pronunciata il <.....> e depositata in cancelleria il <.....>,
che, concesse le attenuanti generiche, condannava l'imputato alla pena di anni uno e mesi quattro per il reato di cui all'art. 648 c.p.

La sentenza, che si ritiene ingiusta in fatto e in diritto, s'intende impugnata in relazione ai punti meglio precisati in narrativa,

per i seguenti motivi:

1. Non condivisibilità della ricostruzione fattuale operata dal Tribunale

La prima, doverosa doglianza nei confronti della sentenza qui impugnata, concerne l'approccio probatorio utilizzato dal Tribunale.
Le prove a carico dei prevenuti, in effetti, consistevano nell'avvenuto sequestro del veicolo, con a bordo i due imputati, e nella preesistente denuncia di furto della stessa autovettura.
I due imputati, sottopostisi ad esame, avevano offerto il loro contributo alla ricostruzione del fatto spiegando, tra l'altro, con quali modalità si erano incontrati poco prima del controllo da parte delle Forze dell'Ordine: Caio, buon conoscente di Tizio, aveva in tale occasione offerto all'amico Tizio un passaggio a bordo del veicolo che conduceva.
Tizio abita nello stesso quartiere in cui risiede Caio e, del resto, l'autoveicolo risulta essere stato fermato a poche centinaia di metri dall'indirizzo di residenza dello stesso Tizio.
Ciò implica, evidentemente, che i due imputati abbiano raccontato una versione assolutamente veritiera dell'accaduto.
In particolare, tutt'altro che inverosimile è quanto sostenuto da Tizio dapprima in sede di dichiarazioni spontanee alla Polizia Giudizia, poi nel suo interrogatorio reso in seguito all'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p. e, quindi, nel racconto del fatto al giudice del dibattimento.
Tizio, senza mai contraddirsi nelle tre volte in cui è stato sentito dall'autorità e mostrando, anzi, coerenza narrativa, ha sempre precisato di avere solo approfittato – dopo una giornata di lavoro – dell'offerta di abbreviare il percorso di rientro alla propria abitazione.
Non è chi non veda, in tale prospettiva, l'assoluta estraneità dell'imputato al reato attribuitogli dal Pubblico Ministero: Tizio non si è mai impossessato dell'autoveicolo, ma è entrato in occasionale contatto con il suo reale (e unico) detentore.
Per contro, il Tribunale, perviene all'affermazione di responsabilità di Tizio mostrando indifferenza cognitiva nei confronti della ricostruzione del fatto offerta dai due imputati e non smentita da alcun elemento probatorio.
In altri termini, il giudice di prime cure si appiattisce sul mero rinvenimento dei due imputati a bordo del veicolo rubato, senza occuparsi in alcun modo della vicenda personale di Tizio e financo svilendo alcuni dati di agevole percepibilità (tra questi, per esempio, il fatto che Tizio fosse il soggetto trasportato e non alla guida dell'auto e, non meno importante, il fatto che la direzione dell'automezzo era inequivocabilmente quella della casa di abitazione dello stesso Tizio).

2. Erronea valutazione del Tribunale in ordine alla ritenuta consapevolezza della provenienza delittuosa dell'autoveicolo in capo a Tizio

Neppure condivisibile è il percorso logico, per così dire, "alternativo", effettuato dal giudice del primo grado di giudizio allorché osserva che «quand'anche fosse veridica la versione

fornita dai prevenuti in ordine alla casualità del loro incontro (a cui fece seguito l'offerta, poi accettata, di un passaggio verso l'abitazione di Tizio), lo stesso Tizio sarebbe stato certamente in condizione di rendersi conto della furtiva provenienza dell'automezzo, che presentava evidenti segni di scasso».
In base a tale ragionamento, il Tribunale conclude, quindi, per la consapevolezza – evidentemente fondata su un ipotizzato dolo, per di più eventuale, di Tizio – circa l'esistenza del delitto presupposto della ricettazione: secondo il giudice, Tizio avrebbe dovuto rappresentarsi la furtiva provenienza dell'autovettura, il cui «sistema d'avviamento presentava anomali segni di forzatura» (così è dato leggere nella sentenza qui appellata) e, sempre secondo la motivazione addotta dal Tribunale, evitare di impossessarsene.
Siffatta prospettiva è, ancora una volta, errata, sia perché probatoriamente fondata su mera congettura, sia perché giuridicamente insostenibile.
In primo luogo il Tribunale ipotizza – senza darne conto in motivazione – che Tizio si fosse realmente accorto della forzatura del sistema di accensione del motore dell'autovettura condotta da Caio; inoltre, con logica personalissima, lo stesso Tribunale sostiene che, una volta constatata (da parte di Tizio) la manipolazione del nottolino d'accensione, egli avrebbe dovuto necessariamente concludere per l'esistenza di un precedente reato, quasi a voler muovere un rimprovero alla disattenzione del passeggero (che, si badi, dopo una giornata trascorsa al lavoro rientrava alla propria abitazione approfittando del passaggio offertogli da un amico) anziché al dolo della ricettazione.
A fronte di una lettura attenta e critica, la sentenza del Tribunale mostra, dunque, evidenti carenze logiche.
Nondimeno, anche la ricostruzione dell'elemento psicologico della ricettazione di cui Tizio è stato incolpato risulta censurabile.
Al proposito, il Tribunale effettua un sintetico rinvio alla giurisprudenza (viene citata, tra le altre, Cass. Sez.II, 22.1.2008 n. 5996, Piccirillo) che ritiene configurata la ricettazione anche in presenza del dolo eventuale, bastando a tal fine che l'agente, al momento della ricezione della *res*, ne sospetti la provenienza delittuosa con accettazione del relativo rischio.
Fondandosi su tale impostazione, il Tribunale ritiene quindi che Tizio fosse in dolo di ricettazione, perché – questa la tesi accolta dal giudice – l'imputato avrebbe dovuto accorgersi della manipolazione dell'auto. Ma si tratta di soluzione giuridicamente non condivisibile.
Infatti la severa (ma neppure costante) soluzione giurisprudenziale è stata recentemente rivisitata dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n. 12433/2010) che – pur ritenendo sufficiente il dolo eventuale perché la ricettazione sia configurabile- ne hanno dato una diversa lettura, assai più rispettosa del rapporto sistematico tra l'art. 648 c.p. e l'art. 712 c.p.
In particolare le SS. UU. hanno osservato che «il dolo eventuale non può essere ravvisato da un semplice motivo di sospetto ma è necessaria una situazione fattuale tale che, dal punto di vista soggettivo, renda pressoché inequivocabile la provenienza illecita del bene acquistato».
Pertanto «è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire».
Se quanto sopra è vero, diviene agevole escludere in capo a Tizio l'elemento psicologico richiesto per integrare la ricettazione e ciò, si badi, proprio in base alla ricostruzione effettuata dal Tribunale che, come sopra accennato, muove all'imputato un rimprovero di negli-

genza, "perché avrebbe dovuto insospettirsi" dello stato in cui era il sistema d'avviamento dell'autoveicolo.
In altri termini, il Tribunale avrebbe dovuto mandare assolto Tizio con la formula idonea.
Ma v'è dell'altro.

3. Erronea estensione nei confronti di Tizio della qualità di concorrente nel reato
Il Tribunale, come sopra rilevato al motivo n. 2, dopo avere effettuato (le già criticate) riflessioni in punto di dolo eventuale, perveniva all'affermazione di responsabilità di Tizio, al quale era – per l'appunto – attribuita una responsabilità per ricettazione dell'autovettura in concorso con Caio.
Al proposito, non è dato comprendere l'*iter* logico seguito dal Tribunale che, dopo avere sostenuto che Tizio era in dolo (eventuale) di ricettazione perché, salendo sull'auto, avrebbe dovuto accorgersi della provenienza furtiva dell'automezzo (argomentandola dai segni, ritenuti "inequivocabili", dell'avviamento del veicolo attraverso la forzatura del congegno di accensione), conclude che egli avrebbe agito "in concorso" con lo stesso Caio, coautore del delitto.
È appena il caso di rammentare, al proposito, che Caio è stato anch'egli condannato per avere concorso con Tizio nella ricettazione dell'autovettura, risultata rubata. Da ciò dovrebbe discendere che ciascuno dei due imputati sia stato ritenuto responsabile di avere fornito un proprio contributo all'illecito.
Orbene, sulla base di quanto emerso in istruttoria dibattimentale (e certo non smentito in sentenza) Tizio salì sull'auto guidata da Caio quando quest'ultimo aveva già piena disponibilità della vettura, ossia allorché egli ne aveva già effettuato l'operazione, lecita o meno, di impossessamento: nella peggiore delle ipotesi, dunque, Tizio sopraggiunge "a cose fatte" senza contribuire all'illecito perpetrato prima del suo arrivo.
Per di più Tizio, semplice "trasportato" sull'auto rubata, non ne ha mai "preso possesso", ossia non ha mai – evidentemente – instaurato un rapporto di detenzione della *res* (occorrerebbe, altrimenti, avere prova ch'egli abbia ricevuto il veicolo da Caio, il quale invece ne conservava la disponibilità).
Da qui deriva, senza dubbio, ch'egli non concorre nel reato.

4. Mancato riconoscimento della fattispecie attenuata di cui all'art. 648, comma 2, c.p.
Ulteriore doglianza nei confronti della sentenza di primo grado concerne l'omessa considerazione della vetustà del veicolo su cui Caio e Tizio furono fermati dagli operanti.
In effetti, l'autovettura in sequestro risulta immatricolata ben più di 20 anni fa ed è in cattivo stato di manutenzione, tant'è che il suo valore teorico non supera i 600 euro, come fu affermato dallo stesso proprietario, allorché fu sentito nel corso del dibattimento.
Se quanto sopra è vero, il modesto valore dell'automezzo avrebbe dovuto comportare l'applicazione della fattispecie attenuata descritta dal secondo comma dell'art. 648 c.p. con tutto quel che ne deriva in termini di determinazione della pena a carico del signor Tizio.

5. Mancato riconoscimento dei doppi benefici di legge in favore di Tizio
Il signor Tizio è stato ritenuto responsabile del delitto di ricettazione in concorso da parte del Tribunale, che concesse le attenuanti generiche, alla luce della giovane età dell'imputato e del suo stato di incensuratezza, ha fissato la pena al minimo edittale.

Al di là delle riflessioni *supra* riportate e delle correlate doglianze (vedi specialmente i motivi d'appello ai punti n. 2 e 3) in ordine alla ritenuta responsabilità di Tizio circa il fatto di reato, non si comprende quale sia la ragione per cui i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel certificato del casellario non siano stati riconosciuti al prevenuto.
Vi erano, infatti, i presupposti perché entrambi i benefici venissero riconosciuti in capo all'imputato.
Tizio, per di più, ha regolare attività lavorativa e non solo è totalmente incensurato, ma neppure risulta essere mai stato denunciato (si veda infatti il certificato dei carichi pendenti, prodotto in atti con il consenso delle parti) salvo che per il fatto per cui è processo: pertanto il Tribunale avrebbe dovuto effettuare una prognosi di non recidiva in favore dell'imputato e concedere sia il beneficio della sospensione condizionale sia quello della non menzione, il cui difetto, tra l'altro, pregiudica gravemente un eventuale percorso di risocializzazione dell'imputato.

***

Per quanto sopra il sottoscritto difensore chiede alla Corte d'Appello di volere riformare la sentenza di primo grado

– assolvendo l'imputato per non aver commesso il fatto ovvero perché il fatto non costituisce reato;
– in via subordinata si chiede alla Corte di volere riconoscere l'attenuante prevista dall'art. 648, comma 2, c.p. e, in ogni caso, di concedere i doppi benefici di legge.

Con osservanza

La sentenza in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. Un. Pen. , 30 marzo 2010, n. 12433
Reati contro il patrimonio - Delitti - Ricettazione - Elemento soggettivo (psicologico): Dolo - Dolo eventuale - Configurabilità - Condizioni.

L'elemento psicologico della ricettazione può essere integrato anche dal dolo eventuale, che è configurabile in presenza della rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto e della relativa accettazione del rischio, non potendosi desumere da semplici motivi di sospetto, né potendo consistere in un mero sospetto. (In motivazione, la Corte ha precisato che, rispetto alla ricettazione, il dolo eventuale è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza).

Per il testo integrale della sentenza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

6. Lesioni personali colpose

(di Stefano Vittorini Giuliano)

Traccia per la redazione del parere

Caia si sottopone ad intervento di mastoplastica additiva concordando con il chirurgo plastico Sempronio i tempi del ricovero e dell'operazione.
Sempronio provvede documenta Caia in ordine alle caratteristiche delle protesi da inserire e alla tecnica della mastoplastica e le fa svolgere esami e verifiche mediche di routine che non danno alcuna controindicazione all'operazione.
L'intervento, che si svolge nei tempi previsti e senza alcuna complicazione chirurgica, avviene applicando protocolli collaudati (taglio cutaneo sottomammarico, sutura intradermica). Trascorso più d'un mese dall'operazione, la paziente ne lamenta l'esito insoddisfacente a causa di vistose cicatrici arrossate e non assorbite e presenta, a carico del chirurgo, querela per lesioni colpose.
Sempronio – dopo aver saputo dell'esistenza della querela – si rivolge all'avv. Cicero per avere ogni chiarimento in ordine ad una propria responsabilità penale per i fatti descritti in querela.
Assunte le vesti di Cicero provvedete a stendere il parere motivato richiestovi, illustrando la fattispecie di reato astrattamente configurabile e delineando la possibile difesa del chirurgo estetico.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione del parere richiesto nella traccia richiede la preliminare individuazione dei temi su cui occorrerà sviluppare le argomentazioni di diritto.
È di tutta evidenza, perché indicato nella stessa traccia, che il tema di lavoro è la colpa medica che, nella concreta situazione, è caratterizzata dal fatto che l'evento del preteso reato è la conseguenza diretta di un intervento di chirurgia estetica del cui risultato si duole la paziente.
Allorché si ipotizza la commissione di un reato da parte del sanitario (nello svolgimento della propria attività), la prospettiva del giurista è fortemente condizionata dalla particolare natura della professione medica e dall'esistenza, pacificamente riconosciuta in dottrina e giurisprudenza, della scriminante non codificata (o ritenuta tale) dell'esercizio dell'attività medica.
In questo contesto diviene più complessa la posizione del chirurgo estetico sul quale graverebbe, in ottica civilistica, un'obbligazione di risultato e, in prospettiva penalistica, un più pregnante obbligo di raccogliere il cosiddetto consenso informato del paziente.
Il tema del consenso informato e della sua eventuale portata scriminante (il medico prov-

vede a documentare la paziente "in ordine alle caratteristiche delle protesi da inserire e alla tecnica della mastoplastica") non è, tuttavia, il nucleo della traccia, che invita il candidato a riflettere (anche) sull'evento del preteso reato (la paziente <.....> lamenta l'esito insoddisfacente a causa di vistose cicatrici arrossate e non assorbite) e, eventualmente, sull'elemento soggettivo (l'intervento avviene applicando protocolli collaudati). Per contro, sembra indubbio che, sul piano della causalità, la lesione lamentata dalla paziente tragga origine dall'intervento di chirurgia estetica.
È quindi consigliabile individuare le norme che, inevitabilmente, dovranno dal candidato essere prese in considerazione per la redazione del parere motivato con l'avvertenza che la pertinenza della menzione dell'art. 582 c.p. è dovuta alla nozione di malattia, non riprodotta nel testo dell'art. 590 c.p.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 43 c.p. Elemento psicologico del reato
Il delitto:
è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione;
è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente;
è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.
La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico.

Art. 50 c.p. Consenso dell'avente diritto
Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne.

Art. 590 c.p. Lesioni personali colpose
Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309.
Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239.
Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni.
Nei casi di violazione delle norme sulla circolazione stradale, se il fatto è commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni. (1)
Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale.

(1) comma così modificato dal D.L. n. 93 del 23 maggio 2008

Art. 582 c.p. Lesione personale
Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.
Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Art. 583 c.p. Circostanze aggravanti
La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:
1. se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;
2. se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo.
La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:
1. una malattia certamente o probabilmente insanabile;
2. la perdita di un senso;
3. la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;
4. la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Come sopra accennato, il parere richiede lo svolgimento di riflessioni in tema di consenso informato, evento ed elemento soggettivo del reato di lesioni[1].
Il parere richiede evidentemente una *premessa*, che avrà il fine di richiamare il lettore-cliente sul contenuto del quesito e sui temi salienti da valutare[2].
Quindi si potrà procedere alla redazione della parte argomentativa dello scritto, che potrebbe essere suddiviso in tre parti tematiche.
Per conformarsi alla sequenza logica della traccia è opportuno muovere dalle considerazioni concernenti il *consenso informato* (A) della paziente.
Inoltre, è di specifica rilevanza pratica la questione dell'*evento* (B) previsto dal combinato disposto degli artt. 590 e 582 c.p. essendo necessario valutare se l'evento "cicatriziale" rientri nel concetto di *malattia* penalmente rilevante.

[1] I tre temi in questione sono tradizionalmente trattati in ogni rassegna giurisprudenziale, ivi inclusi i codici annotati.

[2] A titolo esemplificativo: nel caso de quo rileva la fattispecie di reato prevista dall'art. 590 c.p. la quale si compone, dal punto di vista oggettivo, di una condotta a forma libera sia essa attiva o omissiva (Art. 590, 40 cpv) e di un evento di danno, tra loro legati da un nesso causale e, dal punto di vista soggettivo, dell'elemento della colpa.

Si chiede, in particolare, se un tale reato sia addebitabile al chirurgo estetico che, dopo avere documentato la paziente in ordine alle caratteristiche delle protesi da inserire, alla natura, modalità e tecnica dell'intervento, svoltosi senza complicazioni, e condotto secondo protocolli collaudati, ha come effetto la permanenza di vistose cicatrici arrossate e non assorbite sul seno della querelante.

Sul piano della causalità, appare evidente come l'intervento chirurgico effettuato dal dott. Sempronio assurga a causa, rilevante ex art 40 c.p., delle cicatrici lamentate da Caia, in assenza del quale le stesse non si sarebbero verificate.

Tuttavia, affinché il reato di lesioni personali colpose si perfezioni, occorre verificare se sussistano, nel caso concreto, gli elementi costitutivi della fattispecie sia di carattere oggettivo sia di carattere soggettivo.

Ulteriore tema di riflessione suggerito dalla traccia è quello della tecnica operatoria utilizzata dal chirurgo: ove detta metodica venisse considerata scorretta risulterebbe infatti censurabile sotto il profilo del difetto di diligenza, prudenza o perizia. Il che integrerebbe *l'elemento soggettivo* del reato (C).

(A)
Secondo la tesi più accreditata, il trattamento medico chirurgico, per essere *ab origine* lecito, deve preventimente costituire oggetto di consenso informato da parte del soggetto che vi si sottopone.
Qualora il medico abbia assolto il suo dovere di informazione e il soggetto acconsenta all'intervento chirurgico nell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione, le conseguenze dannose previste o prevedibili a seguito dell'intervento non possono essere ascritte al medico che abbia operato a regola d'arte.
La prevalente giurisprudenza non ritiene necessaria la forma scritta per la valida manifestazione del consenso informato del paziente.
Pertanto, nel caso di specie occorrerà, in primo luogo, interrogarsi in ordine alla sussistenza del consenso informato[3].

(B)
Parte della giurisprudenza ritiene di dare alla nozione di malattia ex 590 c.p. un'accezione ristretta, escludendone le alterazioni anatomiche qualora non caratterizzate da apprezzabile riduzione della funzionalità (in questa prospettiva andrà valutato l'inestetismo lamentato dalla paziente).

(C)
Elemento qualificante della colpa è la inosservanza delle regole cautelari volte a prevenire il verificarsi di eventi dannosi e determinate sulla base della miglior scienza ed esperienza del momento storico nello specifico settore, ovverossia l'inosservanza delle comuni regole di condotta non scritte di diligenza, prudenza e perizia che individuano la colpa generica o di quelle scritte cristallizzate in leggi, regolamenti, ordini o discipline che caratterizzano la colpa specifica.
Perché il reato colposo sia integrato occorre che all'agente possa muoversi il rimprovero della mancata osservanza delle regole cautelari sulla base del criterio della prevedibilità e prevenibilità o evitabilità dell'evento (nessun rimprovero o addebito può muoversi all'agente se il risultato non poteva essere previsto oppure impedito).
Talune attività rischiose (su tutte, l'attività medica) sono tollerate o incoraggiate dall'ordinamento sicché l'accertamento della responsabilità colposa richiede che sia oltrepassato il limite del rischio consentito.

[3] Sempronio, prima di procedere all'intervento, documentava Caia in ordine alle caratteristiche delle protesi, nonché della natura e delle tecniche dell'intervento. Sicché, tutt'al più, potrà domandarsi se tale documentazione risponda alla nozione di consenso informato che, secondo parte della giurisprudenza, deve risolversi anche nella consapevolezza delle conseguenze dannose dell'intervento.

In caso di risposta affermativa non sarà ascrivibile in capo a Sempronio alcuna responsabilità penale, avendo egli agito secondo i collaudati protocolli.

Solo qualora il medico abbia omesso di comunicare a Caia le possibili, ma prevedibili, conseguenze dannose dell'intervento, il consenso prestato da Caia potrebbe essere ritenuto privo di efficacia scriminante.

Gli elementi "in fatto" suggeriti dalla traccia

La paziente lamenta la persistenza dell'arrossamento e il mancato assorbimento delle cicatrici dovute all'intervento.
Ciò implica che la difesa del chirurgo potrà argomentare anche in ordine ad aspetti non esclusivamente "di diritto", essendo ragionevole ipotizzare che, all'atto della presentazione della querela, il decorso post-operatorio non fosse completato, essendo ancora in atto il processo infiammatorio delle cicatrici la cui scomparsa richiede talora tempi lunghi e soggettivamente variabili.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Di una certa utilità sono le massime di ampio contenuto, che possono guidare anche nell'approccio "di metodo" dell'estensore del parere penalistico, posto che la responsabilità penale ha regole autonome rispetto a quella civile.

Cass. pen., sez. IV, 29.9.1997 , n. 1693
In tema di colpa professionale medica l'accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali economici.
In effetti, una eventuale ricerca della giurisprudenza in materia di consenso informato, con particolare attenzione a quello richiesto per gli interventi estetici, farà rilevare che le massime pubblicate sono pronunce di giudici civili, che – tra l'altro – tendono a differenziare gli obblighi del medico-terapeuta da quelli del chirurgo estetico.

Trib. Roma 5.10.1996, in *Arch. civ*. 1997, 1122
Deve ritenersi ammissibile la possibilità per un chirurgo estetico di assumere un'obbligazione di risultato, sia pure in senso relativo, adeguato cioè al grado della tecnica e alla situazione pregressa del paziente (in tema di trapianto di capelli).
Al chirurgo estetico è richiesto un più pregnante dovere di preventiva informazione del paziente, così come è stato stabilito in una famosa vicenda (ormai non recentissima) su cui si è pronunciata la Cassazione civile proprio in tema di tardiva cicatrizzazione degli esiti di un intervento estetico al seno:

Cass. civ., sez. II, 8.8.1985 , n. 4394, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 8-9
Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, il dovere d'informazione gravante sul professionista – la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale e del conseguente obbligo di risarcimento del danno, commisurato all'interesse cosiddetto positivo – investe non solo le potenziali cause d'invalidità o d'inefficacia della prestazione professionale ma anche le ragioni che questa rendano inutile, in rapporto al risultato (ancorché non espressamente dedotto in contratto) sperato dal cliente, o addirittura dannosa. In particolare, nel rapporto fra paziente e chirurgo praticante la chirurgia estetica, detto dovere non è limitato – come nel rapporto fra cliente e terapeuta in genere (chirurgo o medico che sia) – alla prospettazione dei possibili rischi del trattamento suggerito (in quanto tale da porre in pericolo la vita o l'incolumità fisica del paziente), ma concerne anche la conseguibilità o meno, attraverso un determinato intervento, del miglioramento estetico perseguito dal cliente in relazione alle esigenze della sua vita professionale e di relazione.

La stessa sentenza è così diversamente massimata (in *Foro it*. 1986, I,121):
Il dovere d'informazione, gravante sul chirurgo estetico, ha contenuto più ampio rispetto al corrispondente dovere a carico del terapeuta, in quanto dev'essere esteso alla possibilità di conseguire un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione

Ulteriore utilissima operazione, specie laddove si consulti un codice annotato con giurisprudenza, sarà l'individuazione di massime e sentenze sul tema della colpa medica per difetto di diligenza o perizia evidenziando, se possibile, quelle concernenti il chirurgo estetico. Molto noto (e, si badi, non riferibile all'atto chirurgico ma, piuttosto, alla successiva fase post-operatoria) è il caso da cui è tratta la seguente massima:

Cass. pen., sez. IV, 28.10.2004 , n. 3448, in *Cass. pen.* 2006, 2 480
Integra il reato di lesioni colpose la condotta del chirurgo estetico che, successivamente all'intervento di mastoplastica additiva, abbia omesso di sottoporre la paziente ad adeguati controlli nel periodo post-operatorio sottovalutando gli inconvenienti dalla stessa lamentati, intervenendo in modo intempestivo e con pratiche mediche non corrette (c.d. squeezing*), nonostante l'evidente processo infiammatorio delle mammelle.*

Infine, inevitabilmente, occorrerà ricercare massime sulla nozione di malattia, possibilmente da porre in relazione a interventi di chirurgia estetica.

Il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Ne deriva che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità (la Cassazione, nell'affermare il principio sopra menzionato, ha osservato che, se anche il danno lamentato consisteva nell'indebolimento permanente della funzione estetica di una parte della cute, l'evento era penalmente irrilevante, poiché l'unico inestetismo cutaneo permanente di rilevanza penale è la lesione gravissima che riguarda il viso, cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643, in *Cass. pen*. 1998, 481, ove gli imputati, medici chirurghi furono assolti dal delitto di lesioni colpose perché il fatto non è previsto dalla legge come reato: la persona offesa aveva subito un intervento chirurgico al seno da cui era derivata l'asimmetricità delle mammelle e dei capezzoli. Tali conseguenze sono state ritenute una lesione, in quanto "alterazione peggiorativa della preesistente condizione anatomica" in cui tali asimmetrie non erano presenti, ma non integravano l'evento malattia previsto dall'art. 590 c.p., potendo esclusivamente dare luogo a responsabilità con correlativo diritto al risarcimento del danno nella competente sede civile).

Conclusioni (argomentazioni e temi da esporre nella traccia). Le opzioni difensive a disposizione di Sempronio, laddove rinviato a giudizio per lesioni.

Queste, dunque, le opzioni difensive di Sempronio:

- il difensore del chirurgo dovrà dapprima valutare se il medico ha correttamente adempiuto all'obbligo di preventiva informazione della paziente, il cui consenso sembra reso sulla base di informazioni esposte dal professionista (in traccia è scritto che Sempronio provvede, documenta Caia in ordine alle caratteristiche delle protesi da inserire e alla tecnica della mastoplastica e le fa svolgere esami e verifiche mediche di *routine* che non danno alcuna controindicazione all'operazione), segno – tra l'altro – che la paziente ha avuto modo di ponderare l'opportunità o meno di sottoporsi alla mastoplastica;
- ulteriori riflessioni possono svolgersi in ordine alla irrilevanza della forma scritta per la validità della dichiarazione di consenso (la giurisprudenza penalistica privilegia i contenuti del consenso piuttosto che la forma);
- resterebbe aperto il problema dei tempi di cicatrizzazione delle incisioni, che non parrebbero oggetto di consenso della paziente; al proposito gioveranno due considerazioni: in primo luogo, è chiaro che il ripristino del tessuto cutaneo può ben richiedere un tempo maggiore di quello originariamente previsto perché la possibile risposta del paziente varia

da soggetto a soggetto ed è quindi "non prevedibile", sicché parrebbe agevole escludere, per questa via, l'elemento soggettivo del reato; soprattutto, v'è seriamente da chiedersi se gli esiti, eventualmente antiestetici, di un intervento di tal genere, rientrino nella nozione penalistica di malattia, rilevante ai sensi dell'art. 582 c.p. e quindi, indirettamente, dell'art. 590 c.p. (al proposito, le poche pronunce sul tema vanno nella direzione di escludere la sussistenza del reato per difetto di tipicità).

Svolgimento per esteso del parere

Si richiede di redigere un parere in ordine alla ipotizzata esistenza di lesioni colpose attribuite al chirurgo estetico a causa delle vistose cicatrici arrossate e non assorbite e quindi visibili sul seno della paziente che, per tale ragione, ha presentato querela.
Risulta, in particolare, che il chirurgo abbia, prima di effettuare la mastoplastica additiva, documentato Caia in ordine alla natura e alla tecnica dell'intervento da eseguire.
Successivamente l'operazione è stata svolta applicando protocolli collaudati nel settore ma, trascorso un mese dall'atto chirurgico, le cicatrici non si sono assorbite.
Da ciò la necessità di valutare se i fatti lamentati da Caia integrino o meno un illecito di rilevanza penale.
La peculiarità della vicenda sta nella natura dell'intervento eseguito: infatti la tradizionale funzione dell'attività medica è la cura della malattia, e non il miglioramento estetico, sicché v'è da chiedersi se il consenso prestato dal paziente all'attività chirurgica-estetica non abbia contenuti più ampi e "responsabilizzanti" rispetto al consenso espresso nell'ambito di vicende della comune chirurgia terapeutica.
Va chiarito, al proposito, che l'attuale concezione di "salute", includendo il benessere psichico della persona, si riferisce anche al miglioramento estetico (laddove siffatto miglioramento possa incidere sull'accettazione, da parte del paziente, del proprio aspetto fisico[4]) sicché non v'è ragione di disapplicare, sulla base di una errata emarginazione della chirurgia estetica, le comuni norme penalistiche relative alla materia della colpa e, in particolare, della colpa medica.
La fattispecie di reato da valutare è descritta dall'art. 590 c.p., caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da una condotta a forma libera sia essa attiva o omissiva (nel qual caso da porre in relazione con l'art. 40 cpv c.p.) e da un evento di danno, tra loro legati da un nesso causale e, dal punto di vista soggettivo, dell'elemento della colpa.
Sul piano della causalità, appare evidente come l'intervento chirurgico effettuato da Sempronio assurga a causa, rilevante ex art. 40 c.p., delle cicatrici lamentate da Caia, in assenza del quale le stesse non si sarebbero verificate.
Tuttavia, affinché il reato di lesioni personali colpose si perfezioni, occorre verificare se sussistano, nel caso concreto, gli elementi costitutivi della fattispecie sia di carattere oggettivo sia di carattere soggettivo.
Il caso di specie si inserisce, per quanto sopra accennato, nel contesto del trattamento medico chirurgico il quale, per essere ab origine lecito, deve preventimente costituire oggetto di consenso informato da parte del paziente.

[4] Sul punto si veda, Carucci-Maccioni, La responsabilità penale del chirurgo estetico, in Ventiquattrore avvocato, 10-2006, p. 75.

Com'è noto, la necessità di prestare preventivo consenso informato al trattamento medico chirurgico trova il proprio fondamento costituzionale negli artt. 32, comma 2, e 13 Cost.: «Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto delle proprie integrità corporee, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.» (Cass. Sez. IV, 11.7.2001): solo nelle situazioni di urgenza allorché, quindi, il paziente non è in grado di prestare il consenso, ovvero nel caso dei trattamenti sanitari resi obbligatori dalla legge, non v'è necessità del preventivo assenso di colui che si sottopone al trattamento medico.
Il difetto di forma scritta della dichiarazione resa da Caia non è idonea a negarne l'esistenza storica sicché, laddove fondato su informazioni correttamente rese dal medico, il consenso - seppure non "trasposto" in un documento - conserva comunque la sua efficacia scriminante del reato eventualmente prospettabile al chirurgo: «Nel valutare la responsabilità colposa del medico, deve ritenersi che il consenso informato non necessiti della forma scritta, essendo sufficiente la forma orale o altra modalità, a condizione che le necessarie informazioni vengano effettivamente recepite dal paziente» (Trib. Milano 25.11.2005, in *Foro ambr.* 2005, n. 4, p. 406).
Anche gli elementi di fatto noti confermano che il consenso è stato liberamente e fondatamente reso dalla paziente la quale, infatti, si è sottoposta all'operazione solo dopo avere svolto gli esami diagnostici preliminari la cui durata (anche tenendo conto dei tempi della risposta e della redazione dei referti) ha, inevitabilmente, consentito a Caia di ben ponderare l'opportunità di sottoporsi o meno all'intervento estetico.
Posto quindi che Sempronio, prima di procedere all'operazione, ha documentato Caia in ordine alle caratteristiche delle protesi, nonché sulla natura e sulle tecniche dell'intervento, potrà ragionevolmente escludersi il difetto di un efficace consenso informato della paziente. La seconda riflessione resa necessaria dalla tipologia dell'addebito mosso al chirurgo estetico riguarda la possibilità di inquadrare l'evento cicatriziale nel concetto di malattia penalmente rilevante.
Com'è noto, l'art. 590 c.p. si limita a prevedere una pena per chi cagioni, con colpa, una "lesione" sicché l'evento del reato colposo viene necessariamente integrato ricorrendo alla "malattia (nel corpo o nella mente)" che, secondo l'art. 582 c.p., è effetto della lesione dolosa.
A proposito della nozione penalistica di "malattia" si sono recentemente succeduti almeno due orientamenti giurisprudenziali.
Una tesi più rigorosa accoglie una concezione ampia di "malattia" che coinciderebbe con qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali (Cass. Sez. V, 2.2.1984, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 32), mentre la prevalente tesi giurisprudenziale afferma che "il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Ne deriva che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità" (Cass. Sez. IV, 14.11.1996, n. 10643, che si pronuncia sul ricorso della parte civile che, per l'appunto, aveva subito un intervento chirurgico al seno da cui era derivata l'asimmetricità delle mammelle e dei capezzoli; tali conseguenze, per i giudici dell'appello, costituivano una

lesione, vale a dire un'alterazione peggiorativa della preesistente condizione anatomica in cui tali asimmetrie non erano presenti, ma non integravano l'evento malattia previsto dall'art. 590 c.p., potendo esclusivamente dare luogo a responsabilità con correlativo diritto al risarcimento del danno nella competente sede civile. La Corte di cassazione, nell'affermare il principio sopra menzionato, ha osservato che, se anche il danno lamentato consisteva nell'indebolimento permanente della funzione estetica di una parte della cute, l'evento era penalmente irrilevante, poiché l'unico inestetismo cutaneo permanente di rilevanza penale è la lesione gravissima che riguarda il viso).

Se, quindi, l'evento lamentato da Caia è soltanto l'inestetismo del seno, pare ben difficile ipotizzare che ciò si sostanzi in una "malattia" di penale rilevanza: ne deriverebbe l'insussistenza del fatto per carenza di tipicità.

Né si può evitare di osservare che, in definitiva, Caia ha presentato la sua querela in tempi immediatamente successivi allo svolgimento dell'intervento di mastoplastica additiva, lamentando la persistenza dell'arrossamento e il mancato assorbimento delle cicatrici: tutt'altro che irragionevole è, quindi, ipotizzare che il decorso post-operatorio non fosse ancora completato al momento della presentazione della querela, essendo ancora in atto il processo infiammatorio delle cicatrici, la cui scomparsa richiede talora tempi lunghi e soggettivamente variabili.

Ulteriore, ma non meno importante, tema di riflessione è quello della tecnica operatoria utilizzata dal chirurgo: ove detta metodica venisse considerata scorretta, la condotta risulterebbe infatti censurabile sotto il profilo del difetto di diligenza, prudenza o perizia ed integrerebbe l'elemento soggettivo del reato.

È chiaro, tuttavia, che l'intervento si è svolto in modo corretto "nei tempi previsti e senza alcuna complicazione chirurgica" e in applicazione di "protocolli collaudati (taglio cutaneo sottomammarico, sutura intradermica)".

Com'è noto, perché il reato colposo sia integrato occorre che all'agente possa muoversi il rimprovero della mancata osservanza delle regole cautelari sulla base del criterio della prevedibilità o evitabilità dell'evento, giacché nessun rimprovero o addebito può muoversi all'accusato se il risultato non poteva essere previsto oppure impedito.

Tuttavia la prevedibilità ed evitabilità dell'evento sono criteri di riferimento della colpa comune mentre nella colpa professionale – tipica, cioè, delle attività più rischiose ma tollerate o addirittura incoraggiate dall'ordinamento (tra le quali, su tutte, è l'attività medica) – l'accertamento della responsabilità colposa richiede che sia oltrepassato il limite del rischio consentito.

Il superamento di tale limite si verifica quando non sono osservate le regole di condotta fissate dalla miglior esperienza nel settore, regole che già consacrano di per sé il giudizio di prevedibilità ed evitabilità di pericoli espresso in base alle cosiddette *leges artis*, con la conseguenza che, nell'ambito di attività socialmente rischiose, il puntuale rispetto delle regole specifiche e professionali dell'agire esime da responsabilità anche laddove si sia verificato l'evento dannoso (e sempre che quella e proprio quella violazione della regola cautelare abbia cagionato o contribuito a cagionare l'evento medesimo che la norma aveva l'intento di prevenire): "In tema di responsabilità professionale del medico, deve ravvisarsi la colpa nella condotta del professionista solo allorché vi sia stata esplicita inosservanza delle *leges artis* scritte o non scritte volte a prevenire il superamento del limite del rischio consentito. A tal fine, il giudice dovrà valutare la correttezza della scelta operata dal professionista con un giudizio ex ante, verificando tutte le circostanze concrete in cui il medico si è trovato ad operare e che lo hanno

indotto ad adottare una soluzione piuttosto che un'altra tenuto conto delle conoscenze scientifiche migliori raggiunte nel settore" (Trib. Nola 18.4.2005, n. 567, in *Lex24*).
L'agente pertanto risponderà per colpa dei soli danni prevedibili ma prevenibili con l'osservanza delle regole tecniche, non di quelli prevedibili ma verificatisi nonostante la loro fedele osservanza sicché, posto che l'atto chirurgico praticato sulla paziente si è svolto correttamente, mediante l'utilizzo di tecniche operatorie standard, a Sempronio – il quale non ha effettuato manovre errate o incongrue – non potrà addebitarsi alcuna imperizia.
Neppure sul piano dell'elemento soggettivo Sempronio può essere chiamato a rispondere delle lesioni colpose addebitategli nella querela di Caia.
Alla luce delle premesse considerazioni, le lesioni colpose attribuite a Sempronio non sono integrate: Caia, che ha comunque prestato il consenso all'intervento di mastoplastica additiva, non può dolersi di una malattia in senso penalistico, perché lamenta un mero pregiudizio estetico e certo non una riduzione di funzionalità.
Il processo di cicatrizzazione che, evidentemente, si è rivelato di maggiore durata o complessità a causa della risposta soggettiva della paziente, non può che progredire nel tempo. In ogni caso, il reato sarebbe escluso anche perché ne difetta l'elemento soggettivo: il chirurgo ha correttamente operato, nel rispetto delle regole dell'arte medica, sicché egli andrebbe, in ogni caso, esente da penale responsabilità.

Traccia per la redazione della querela

Prima di comparire nella trasmissione televisiva "Pomeriggio con Voi", la modella Caia, si sottopone a intervento di mastoplastica additiva per migliorare il proprio aspetto fisico e valorizzare gli indumenti di biancheria intima che dovranno essere forniti dallo sponsor della stessa trasmissione.
Si rivolge quindi al dottor Sempronio, chirurgo plastico che, dopo visita della paziente e verifiche di routine, effettua l'intervento secondo protocolli collaudati.
A causa del vistoso arrossamento e del mancato assorbimento delle cicatrici conseguenti all'intervento, Caia non può partecipare alla registrazione della trasmissione, sicché l'emittente televisiva, titolare del rapporto contrattuale con la modella, decide di risolvere il contratto per giustificato motivo, riservandosi altresì di richiederle il pagamento di una penale.
Caia, ritenendosi danneggiata per avere perduto l'occasione di partecipare ad un programma di intrattenimento ad alta audience e, in particolare, lamentando l'esito insoddisfacente della mastoplastica per via del mancato assorbimento delle cicatrici, sporge querela per lesioni colpose contro il chirurgo Sempronio.

Svolgimento dell'atto per esteso

Atto di querela

Alla Procura della Repubblica presso il Tribunale

La sottoscritta, Caia, nata a <.....> il <.....> e residente a <.....>, in via <.....>
espone quanto segue:

All'inizio dell'anno corrente mi sono rivolta al dottor Sempronio, che opera come chirurgo estetico presso la clinica <.....> (che ha sede in Roma, Via <.....>), per sottopormi a un intervento di mastoplastica additiva.
Effettuate le verifiche preoperatorie, all'esito delle quali il chirurgo non rilevava controindicazioni di sorta, mi sottoposi alla mastoplastica in data 1.2.2011 presso l'Istituto Medico convenzionato con la stessa clinica <.....> affidandomi all'équipe del dottor Sempronio.
Prima dell'intervento il personale della clinica mi consegnò un modulo prestampato definito "contratto informativo terapeutico" (qui allegato in copia come doc. n. 1) che sottoscrissi lo stesso 1.2.2011, dove erano indicati il tipo di intervento da effettuare, i relativi costi (che, tra l'altro, saldai al momento delle dimissioni) e la richiesta di prestazione del consenso alla mastoplastica e al trattamento dei dati personali.
In tale modulo non erano invece indicati tempi di guarigione clinica né i tempi di assorbimento delle cicatrici.
In base alla cartella clinica (allegata come doc. n. 2) l'intervento fu eseguito con incisione periareolare inferiore, creazione di tasca retroghiandolare, introduzione delle protesi e chiusura intradermica.
Dalla consultazione della cartella non risultano esservi state complicazioni di tipo chirurgico (vi è scritto "nessuna complicanza immediata"), tant'è che fui rapidamente dimessa dalla clinica, prendendo accordi con lo stesso chirurgo per sottopormi a successiva visita di controllo.
Ricordo, al proposito, che sin dalla prima visita post-operatoria, segnalavo al chirurgo che i tempi di cicatrizzazione del taglio sottomammarico (si veda ancora doc. n. 2, f. 6 allegato) mi sembravano eccessivamente lunghi; per di più la sede dell'intervento era visibilmente arrossata.
Il dottor Sempronio, seppure così allertato, sosteneva che "non v'era da preoccuparsi" e procedeva a effettuare, semplicemente, le medicazioni e i controlli di *routine*.
In occasione della seconda visita di controllo spiegai al chirurgo che ero preoccupata della visibilità delle cicatrici perché dopo poche settimane avrei dovuto partecipare a una trasmissione televisiva nel corso della quale avrei dovuto indossare indumenti intimi: iniziavo a temere che la cosa non sarebbe stata possibile, data la visibilità delle cicatrici e il tipo di abbigliamento da usare.
Anche in tale circostanza il dottor Sempronio minimizzava il problema e mi assicurava circa i tempi di assorbimento delle cicatrici conseguenti all'intervento di mastoplastica: si limitava a medicarmi e a fare un controllo generale.
Mi rivolsi a un dermatologo e ad altro specialista di chirurgia plastica per avere un parere sui tempi di cicatrizzazione e costoro mi dissero che i tempi di guarigione chirurgica sono ben diversi da quelli di assorbimento delle lesioni prodotte dall'attività chirurgica, per le quali occorrono – di regola – alcuni mesi.
Pertanto contattai il dottor Sempronio per lamentarmi del fatto che non mi avesse preavvisata circa la lunghezza dei tempi necessari al completo assorbimento delle ferite connesse alla mastoplastica.
Egli replicò e mi confermò, che «tutte le mastoplastiche richiedono almeno 7 mesi perché ne scompaiano i segni».
A causa del silenzio del dottor Sempronio, che aveva taciuto la circostanza relativa ai lunghi tempi di assorbimento delle cicatrici, persi l'opportunità di lavorare presso l'emittente televisiva, che risolse il contratto di partecipazione per giustificato motivo, ad-

ducendo la mia impossibilità di indossare gli indumenti intimi forniti dallo sponsor della trasmissione e minacciò anche di richiedermi il pagamento di una penale (cfr. all. nn. 3 e 4, contratto di partecipazione alla trasmissione "Un pomeriggio con Voi" e lettera di risoluzione inviatami dall'emittente), con evidente grave danno economico.
Orbene, è pacifico che la predetta vicenda ruota attorno all'intervento di mastoplastica dell'1 febbraio (v. doc. n. 5, relazione del medico legale, dottor Ciro, nominato consulente della persona offesa), ma i fatti che intendo sottoporre al vaglio del giudice penale si verificano prima dell'intervento stesso, ove è mancata adeguata informazione sulle conseguenze della mastoplastica, allo svolgimento della quale prestai un consenso "non-informato", e nella fase successiva all'intervento, dove il chirurgo minimizzò le richieste di cura che in più occasioni gli rivolsi.
In particolare, nessuna informazione preventiva mi venne fornita in ordine al rischio di un così lungo periodo di guarigione e assorbimento delle lesioni, in concreto risultato così penalizzante per la mia figura estetica e per la mia attività lavorativa (cfr. comunque doc. n. 1, c.d. "contratto informativo terapeutico").
Pare, quindi, che il dottor Sempronio si sia comportato negligentemente. In primo luogo, egli è stato negligente quanto alle informazioni che avrebbe dovuto fornirmi prima dell'intervento, documentandomi solo sulla tecnica operatoria, ma tacendo i tempi di guarigione (o meglio: di assorbimento e occultamento delle cicatrici), invalidando in tal modo il consenso prestatogli all'esecuzione della mastoplastica.
Inoltre, egli ha omesso di prestare adeguate cure nella fase successiva all'intervento chirurgico, sottovalutando le richieste di controllo post-operatorio e minimizzando gli inconvenienti che venivano lamentati dalla sottoscritta.
Se quanto sopra è vero, il dottor Sempronio è responsabile, quantomeno, delle lesioni colpose che, attesi i lunghi tempi di guarigione necessari, si sono concretati nel pregiudizio estetico meglio descritto nella consulenza del dottor Ciro (qui prodotta in allegato, doc. n. 5), sicché, la sottoscritta

Chiede

che si proceda penalmente nei confronti del dottor Sempronio, abitante in via <.....> a Roma, per lesioni colpose e tutti i reati desumibili da quanto descritto in narrativa, – sin d'ora opponendosi alla definizione del procedimento mediante decreto penale di condanna e – chiedendo di essere notiziata dell'andamento delle indagini e di eventuali richieste di archiviazione, mediante gli avvisi previsti dagli artt. 406 e 408 c.p.p., – nominando proprio difensore ex art. 101 c.p.p. l'avv. Livio del Foro di Roma (studio in via <.....>, Roma), eleggendo domicilio presso il suo studio e delegandolo al deposito, anche tramite eventuali subdelegati, del presente atto di querela;

Roma, il <.....>
Firmato
Caia

Per autentica della firma

Avv. Livio

Allega i documenti citati da nn. 1 a 5

Le sentenze in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. IV, 14 novembre 1996, n. 10643
Il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Ne deriva che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità. (Nella fattispecie, in cui gli imputati, medici chirurghi, erano stati assolti dal delitto p. e p. dall'art. 590 cod. pen. perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, la persona offesa aveva subito un intervento chirurgico al seno da cui era derivata l'asimmetricità delle mammelle e dei capezzoli. Tali conseguenze, per i giudici dell'appello, costituiva una lesione vale a dire un'alterazione peggiorativa della preesistente condizione anatomica in cui tali asimmetrie non erano presenti, ma non integravano l'evento malattia previsto dall'art. 590 cod. pen., potendo esclusivamente dare luogo a responsabilità con correlativo diritto al risarcimento del danno nella competente sede civile. La Corte di Cassazione, nell'affermare il principio sopra menzionato, ha osservato che, se anche il danno lamentato consisteva nell'indebolimento permanente della funzione estetica di una parte della cute, l'evento era penalmente irrilevante, poiché l'unico inestetismo cutaneo permanente di rilevanza penale è la lesione gravissima che riguarda il viso.
(Massima tratta da www.lex24.ilsole24ore.com)

Corte di Cassazione, Sez. IV pen., 2 febbraio 2005, n. 3448
Reati contro la persona - Delitti contro la vita e l'incolumità individuale - Lesioni personali colpose - In genere - Colpa professionale del medico - Chirurgo estetico - Condotta omissiva - Mancato controllo della paziente dopo l'intervento di mastoplastica additiva - Malattia - Infiammazione delle mammelle.

Integra il reato di lesioni colpose la condotta del chirurgo estetico che, successivamente all'intervento di mastoplastica additiva, abbia omesso di sottoporre la paziente ad adeguati controlli nel periodo postoperatorio, sottovalutando gli inconvenienti dalla stessa lamentati, intervenendo in modo intempestivo e con pratiche mediche non corrette (cosiddetto "squeezing"), nonostante l'evidente processo infiammatorio delle mammelle.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

7. Guida in stato di ebbrezza alcolica

(di Alessia Sorgato)

Traccia per la redazione del parere

In una sera di maggio del 2010 Tizio, alla guida dell'autovettura di sua proprietà, viene fermato da una pattuglia della Polizia Stradale per un controllo e invitato a sottoporsi al test alcolimetrico.
Tizio tenta più volte di portare a termine l'operazione, ma l'espirato è insufficiente e gli operanti gli contestano il reato di rifiuto a sottoporsi ad etilometro.
Gli sequestrano pertanto sia la patente che l'autovettura.
Recatosi da un legale, Tizio porta con sé le copie dei verbali rilasciategli dagli operanti e, qualche giorno dopo, gli consegna anche il provvedimento, notificatogli a casa, con cui il giudice per le indagini preliminari, pur non convalidando il sequestro per tardività del sopraggiungere degli atti al suo ufficio, dispone autonomamente il sequestro preventivo dell'auto ai sensi degli artt. 186 comma 2 lett. c) c. strad., richiamato dal comma 7, e 321 c.p.p.
Tizio chiede quindi al legale di esporgli un parere motivato sulla sua posizione e di prospettare una linea difensiva, in particolare per ottenere la restituzione dell'automobile sequestrata.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La traccia contiene gli elementi di fatto da valorizzare nell'esposizione del parere, che rappresentano altrettanti punti cruciali della trattazione.
La circostanza che quella ora in esame contenga un riferimento temporale espresso è indice della necessità di approfondire la materia tenendo conto delle eventuali modifiche intervenute nel tempo nell'assetto normativo.
Quando una traccia esplicita infatti la data del commesso reato, significa quasi inevitabilmente che contiene un quesito di diritto intertemporale.
Il legale infatti – studiando la questione per approntare il parere – si accorgerà subito, e manifesterà poi al suo cliente, che la circostanza che quest'ultimo sia stato accusato di rifiuto a sottoporsi all'alcoltest nel maggio del 2010 comporta un necessario approfondimento delle modifiche legislative succedutesi nella materia della guida in stato di ebbrezza, la cui alternanza è viepiù complicata da due sentenze, fondamentali nella ricostruzione dell'istituto, provenienti dalle due Corti Supreme, che si collocano al vertice del sistema giudiziario italiano: la Cassazione a Sezioni Unite e la Corte Costituzionale.

Norme e fattispecie di reato da considerare per la redazione del parere

Qualsiasi parere implica una preventiva cernita delle norme rilevanti nel caso in esame le quali, nella traccia di specie, vanno reperite non tanto nel codice penale quanto in quello della strada, che contiene alcune norme introduttive di specifiche ipotesi di reato.

Art. 186 cod. strad (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e succ. modif.). Guida sotto l'influenza dell'alcool.
1. Ev vietato guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche. Per l'irrogazione della pena è competente il tribunale.
2. Chiunque guida in stato di ebbrezza è punito, ove il fatto non costituisca più grave reato:
a) con l'ammenda da euro 500 a euro 2000, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi;
b) con l'ammenda da euro 800 a euro 3.200 e l'arresto fino a sei mesi, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno;
c) con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto da tre mesi ad un anno, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente è raddoppiata. La patente di guida è sempre revocata, ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI, quando il reato è commesso dal conducente di un autobus o di un veicolo di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5t. o di complessi di veicoli, ovvero in caso di recidiva nel biennio. Ai fini del ritiro della patente si applicano le disposizioni dell'articolo 223. Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato. Il veicolo sottoposto a sequestro può essere affidato in custodia al trasgressore «, salvo che risulti che abbia commesso in precedenza altre violazioni della disposizione di cui alla presente lettera. La procedura di cui ai due periodi precedenti si applica anche nel caso di cui al comma 2-bis (2) (3).
2-bis. Se il conducente in stato di ebbrezza provoca un incidente stradale, le pene di cui al comma 2 sono raddoppiate e, fatto salvo quanto previsto dalla lettera c) del medesimo comma 2, è disposto il fermo amministrativo del veicolo per novanta giorni ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato. Ev fatta salva in ogni caso l'applicazione delle sanzioni accessorie previste dagli articoli 222 e 223 (4) (5).
2-ter. Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo è il tribunale in composizione monocratica (6).
2-quater. Le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti (7).
2-quinquies. Salvo che non sia disposto il sequestro ai sensi del comma 2, il veicolo, qualora non possa essere guidato da altra persona idonea, può essere fatto trasportare fino al luogo indicato dall'interessato o fino alla più vicina autorimessa e lasciato in consegna al proprietario o al gestore di essa con le normali garanzie per la custodia. Le spese per il recupero ed il trasporto sono interamente a carico del trasgressore (8).
2-sexies. L'ammenda prevista dal comma 2 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7 (9).
2-septies. Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma 2-sexies non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante (10).
2-octies. Una quota pari al venti per cento dell'ammenda irrogata con la sentenza di condanna che ha ritenuto sussistente l'aggravante di cui al comma 2-sexies è destinata ad alimentare il Fondo contro l'incidentalità

notturna di cui all'articolo 6-bis del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, e successive modificazioni (11).
3. Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.
4. Quando gli accertamenti qualitativi di cui al comma 3 hanno dato esito positivo, in ogni caso d'incidente ovvero quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall'influenza dell'alcool, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, hanno la facoltà di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento.
5. Per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcoolemico viene effettuato, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. I fondi necessari per l'espletamento degli accertamenti di cui al presente comma sono reperiti nell'ambito dei fondi destinati al Piano nazionale della sicurezza stradale di cui all'articolo 32 della legge 17 maggio 1999, n. 144. Si applicano le disposizioni del comma 5-bis dell'articolo 187 (12).
6. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 o 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), l'interessato è considerato in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 2 (13).
7. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c). La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI (14) (15).
8. Con l'ordinanza con la quale viene disposta la sospensione della patente ai sensi dei commi 2 e 2-bis, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119, comma 4, che deve avvenire nel termine di sessanta giorni. Qualora il conducente non vi si sottoponga entro il termine fissato, il prefetto può disporre, in via cautelare, la sospensione della patente di guida fino all'esito della visita medica (16).
9. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 e 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2 e 2-bis, il prefetto, in via cautelare, dispone la sospensione della patente fino all'esito della visita medica di cui al comma 8 (17) (18).
Trattandosi, come si anticipava, di un parere che coinvolge anche aspetti concernenti la modifica nel tempo della fattispecie, giova ricordare in questa sede anche le date in cui la norma ha via via assunto l'aspetto oggi vigente, per controllare quale testo di legge vigesse nel maggio 2010 e quale sia invece in vigore oggi (tenuto conto che il parere, e l'atto connesso, vengono redatti nell'attualità).
Ecco quindi che giova ricordare le seguenti annotazioni:

(1) Articolo modificato dall'articolo 6 della legge 30 marzo 2001, n. 125 e dall'articolo 13 del D.lgs. 15 gennaio 2002, n. 9 e successivamente sostituito dall'articolo 5 del D.L. 27 giugno 2003, n. 151.
(2) Lettera modificata dall'articolo 3, comma 45, della legge 15 luglio 2009, n. 94. Vedi l'articolo 4 del D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

(3) Comma sostituito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117 e modificato dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.
(4) Comma inserito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117.
(5) Comma sostituito dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.
(6) Comma inserito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117.
(7) Comma inserito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117.
(8) Comma inserito dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.
(9) Comma inserito dall'articolo 3, comma 55, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.
(10) Comma inserito dall'articolo 3, comma 55, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.
(11) Comma inserito dall'articolo 3, comma 55, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.
(12) Comma modificato dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117.
(13) Vedi l'articolo 4 del D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.
(14) Comma sostituito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117 e modificato dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.
(15) Comma modificato dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.
(16) Comma modificato dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117.
(17) Comma sostituito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007 n.117 e modificato dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.
(18) Vedi l'articolo 6-bis del D.L. 3 agosto 2007 n.117.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Quando si redige un parere, è bene dapprima focalizzare gli aspetti peculiari della vicenda sottoposta all'esame, onde facilitare l'individuazione dei punti cruciali e quindi il reperimento dei materiali, normativi e interpretativi (giurisprudenziali e dottrinali), utili alla soluzione del quesito.
Il cliente ha genericamente richiesto informazioni sulla propria posizione, quindi necessita di un primo parere sulla fattispecie del rifiuto a sottoporsi ai test alcoli metrici. Poi ha domandato, e questa richiesta è fatta poi oggetto di un atto, se sia possibile richiedere la restituzione dell'autovettura sequestrata e con quale strumento processuale.

Gli elementi di fatto suggeriti dalla traccia

Nell'esposizione della traccia si legge che Tizio contesterà *in nuce* la sua responsabilità penale circa l'ipotesi di reato a lui ascritta, non ammettendo di aver "rifiutato" di sottoporsi all'alcoltest, ma sostenendo di non esserne stato fisicamente in grado.
Questo aspetto, però, al momento non può che comportare, per il legale, la breve anticipazione sulla linea difensiva: nel corso del dibattimento, infatti, bisognerà portare al giudice gli elementi di fatto che possano far ritenere credibile la tesi dell'insufficienza dell'espirato, come un consulenza tecnico medico- pneumologica, o di tossicologia forense qualora si voglia valorizzare l'avvenuta assunzione di farmaci idonei a influire sulla respirazione.
L'elemento cruciale da approfondire, nella sede preliminare del parere, che in questo caso è di fatto richiesto quasi nell'immediatezza, risulta l'aspetto temporale, perché la traccia esplicita la data di accertamento dei fatti e questo momento si colloca all'interno di un iter di modifiche legislative molto importanti.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Il legale deve provvedere anzitutto a puntualizzare che, in *subiecta materia*, è fondamentale identificare il tempo del commesso reato e la disciplina all'epoca vigente, per poi confrontarla con quella eventualmente intervenuta successivamente, richiamabile se il provvedimento è ancora *sub judice*.

Sul reato di c.d. *drive drinking*, infatti, si sono stratificati plurimi interventi giurisprudenziali e normativi.

Solo per accennare ai più rilevanti, basti ricordare le seguenti tappe fondamentali del lungo, spesso poco organico, cammino evolutivo della fattispecie:

A) Fino al 4 agosto 2007 vigeva la formulazione dell'art. 186 dovuta alla legge 1° agosto 2003, n. 214, che ha convertito il d.l. 27 giugno 2003 n. 1512.

La norma sanciva il generico divieto di guidare in stato di ebbrezza in conseguenza all'uso di bevande alcoliche.

La pena prevista era quella dell'arresto fino ad un mese e dell'ammenda da 258 a 1032 euro. Il secondo comma stabiliva la competenza del tribunale e le sanzioni amministrative accessorie di sospensione e revoca della patente di guida.

I comma successivi trattavano invece la sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico e fissavano in 0,5 gr/l la soglia oltre la quale considerare il soggetto in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni, penali ed amministrative.

Il rifiuto a sottoporsi agli accertamenti era punito con le stesse pene stabilite per la guida in stato di ebbrezza alcolica.

B) il D.L. 3 agosto 2007 n. 117, convertito con modificazioni da L. 2 ottobre 2007 n. 160 (in G.U. n. 230 del 3 ottobre 2007) ha ripristinato il reato di guida senza patente ed inasprito le pene per quello di guida in stato di alterazione, al contempo però prevedendo la graduazione di pena ex art. 186 c. strad. secondo quattro fasce distinte, la prima delle quali – entro lo 0,5 gr/l – esula dall'ambito della penale rilevanza.

Il citato decreto legge ha però depenalizzato il rifiuto, trasformando la relativa contravvenzione in illecito amministrativo punito con sanzione pecuniaria.

C) Su tale assetto normativo è dapprima intervenuto il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, che ha provveduto ad un ulteriore inasprimento delle pene detentive contemplate dall'art. 186, ancorché solo per gli illeciti di seconda e terza fascia e, elemento questo fondamentale per la traccia che ci impegna, ha sia ripristinato la sanzione penale per il rifiuto (recuperando la filosofia che aveva in passato ispirato l'incriminazione, e cioè parificare nella risposta sanzionatoria il rifiuto del test alla violazione del divieto di guidare in stato di ebbrezza) e l'ha fissata in quella prevista per la più grave delle ipotesi contemplate dall'art. 186 comma 2, vale a dire quella di cui alla lett. c).

Con la legge n. 125/2008 di conversione del decreto menzionato è stata estesa all'ipotesi di rifiuto la confisca del veicolo, introdotta dal d.l. 92/08 richiamando l'art. 240 comma 2 c.p..

D) sono quindi seguite la legge 15 luglio 2009, n. 94, ed infine la legge 29 luglio 2010, n. 120 (entrata in parte in vigore addirittura il giorno dopo della pubblicazione, senza neppure la usuale *vacatio legis* di 15 giorni), a cui si sono inframmezzate importanti sentenze, tra cui spiccano quella della Cassazione a Sezioni Unite 25 febbraio 2010 n. 23428 e quella della Corte Costituzionale 4 giugno 2010 n. 196.

Opzioni difensive a disposizione

Il sig. Tizio ha richiesto al legale, in particolare, di relazionarlo a proposito della possibilità concreta di riottenere l'auto in restituzione, e ciò comporta la necessità di approfondire i temi della confisca del veicolo ed il suo sequestro.
Evidente anche solo dalla breve carrellata storico-normativa appena compiuta che l'introduzione della confisca del veicolo, nella materia della guida in stato di ebbrezza, ha finalità tipicamente dissuasive, operando da deterrente nei confronti anche dell'utente medio della strada.
Ma la sua qualificazione giuridica è stata fin da subito ritenuta problematica, e di ciò il legale deve dare contezza al suo cliente.
Potrà infatti suggerirgli un ricorso al Tribunale del Riesame, che contenga l'istanza di dissequestro, oppure potrà opzionare la via della richiesta di restituzione al Pubblico Ministero. In caso di rigetto, le relative decisioni potranno essere impugnate rispettivamente in Cassazione o con opposizione al Giudice delle indagini preliminari.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

La produzione giurisprudenziale sulla materia della guida in stato di ebbrezza appare ingente, e proporzionale sia all'incidenza numerica dei casi di commissione della fattispecie, sia alla frequenza con cui – subìto il sequestro dell'autovettura di proprietà – l'indagato fa ricorso all'Autorità giudiziaria auspicando alla sua restituzione.

Cass. pen., sez. IV, 3.4.2009, n. 38179, in *Archivio giur. circol. e sinistri* 2010, 5, 430
In tema di successione di leggi nel tempo, il principio di irretroattività della legge penale opera con riguardo alle norme incriminatrici e non anche alle misure di sicurezza, sicché la confisca obbligatoria del veicolo, con il quale sia stato commesso il reato di guida in stato di ebbrezza con accertamento di un tasso alcol emico superiore a 1,5 gr/litro, trova applicazione anche relativamente ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 della legge n. 125 del 2008, che l'ha introdotta.

Cass. pen., sez. IV, 16.12.2009, n. 1861 in *Guida al diritto* 2010, 10, 92
La confisca del veicolo, prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c), cod. strad., ha natura obbligatoria, come risulta sia dalla terminologia usata ("è sempre disposta c"), sia dal richiamo al comma 2 dell'art. 240 c.p., e da ciò deriva che, nel caso di sequestro preventivo disposto ai sensi dell'art. 321 c.p.p. ai fini della successiva confisca, l'esistenza del periculum, cui l'emissione di tale misura cautelare reale è subordinata, è presunta per legge e non deve essere accertata caso per caso, e deriva altresì che non può essere disposta la restituzione del veicolo prima della sentenza definitiva, a meno che non vengano meno i presupposti per ritenere esistente il fumus. *La combinazione stato di ebbrezza e provocazione di incidente comporta la confisca obbligatoria anche nel caso di ebbrezza di fascia minima (0,55 gr/l) di cui all'art. 186, comma 2, lett. a), cod. strad.*

Cass. pen., sez. IV, 18.3.2010, n. 25533, in *Guida al diritto* 2010, 43, 96
La confisca obbligatoria del veicolo, introdotta, con il c.d. decreto sicurezza di cui al d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, in caso di sentenza di condanna o di patteggiamento nelle ipotesi più gravi di guida in stato di ebbrezza (art. 186, comma,2 lett. c) cod. strad.: tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro), non è applicabile retroattivamente, in ragione della natura sanzionatoria e repressiva che caratterizza tale misura ablativa (cfr. C. Cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196; sez. un. 25 febbraio 2010, Proc. Rep. trib. Pordenone in proc. C.).

Cass. pen., sez. un., 25.2.2010, n. 23428, in *Guida al diritto* 2010, 27, 69
La confisca del veicolo prevista in caso di condanna per la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi agli

accertamenti alcolimetrici, così come per quella di guida in stato di ebbrezza, non è una misura di sicurezza patrimoniale, bensì una sanzione penale accessoria. (In motivazione la Corte ha chiarito che pertanto la misura ablativa non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima della sua introduzione).
[In senso conforme Cass. pen., 29.4.2009, n. 32916; in senso contrario Cass. pen., 19.1.2010, n. 12406; Cass. pen., 2.10.2009, n. 1539]
In senso difforme: Cass. pen. n. 38179/2009, Cass. pen. n. 32937/2009, Cass. pen. n. 9986/2009.

Cass. pen., sez. IV, 25.11.2010, n. 45365, in *CED Cass. pen.* 2010, rv 249071
Il giudice, anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 33 legge n. 120 del 2010, deve disporre, con la sentenza di condanna o di patteggiamento, la confisca del veicolo utilizzato per commettere il reato di guida in stato d'ebbrezza, pur se essa ha acquisito natura di natura di sanzione amministrativa accessoria, ed a nulla rilevando che il veicolo non sia stato in precedenza sottoposto a sequestro.

Trib. Brescia, sez. riesame, 21.9.2010, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 2, 309
Anche a seguito della legge n. 210/2010 la confisca del veicolo, prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, conserva la natura di sanzione penale e non acquista la diversa natura di sanzione amministrativa, perché deve ancora essere disposta con la sentenza penale di condanna e non dall'autorità amministrativa, mentre il richiamo all'art. 224-ter cod. str., introdotto nell'art. 186, comma 2, lett. c), dalla legge n. 210/2010, deve ritenersi limitato alle sole modalità del sequestro amministrativo, con la conseguenza che nulla viene innovato in ordine ai presupposti del sequestro preventivo penale, disciplinato dall'art. 321 c.p.p., anche tenendo presente che sequestro penale e sequestro amministrativo possono sovrapporsi.

Cass. pen., sez. IV, 22.9.2010, n. 38569, in *Diritto & Giustizia*, 2010
In tema di guida in stato di ebbrezza, spetta, in forza del richiamo all'art. 224 ter *cod. strad. operato dall'art. 186 (come modificato dall'art. 33 legge n. 120 del 2010), all'autorità amministrativa e non al giudice penale disporre il sequestro del veicolo ai fini della confisca dello stesso.* (Fattispecie di annullamento senza rinvio dell'ordinanza di sequestro preventivo disposta a norma dell'art. 321, comma 2, c.p.p., dal giudice penale anteriormente all'entrata in vigore della suddetta modifica).

Cass. pen., sez. IV, 6.10.2010, n. 41080, in *CED Cass. pen.* 2010, rv 248912
La confisca del veicolo utilizzato per commettere il reato di guida in stato di ebbrezza, in seguito alla novella di cui alla l. n. 120 del 2010, ha natura di sanzione amministrativa accessoria, non più, come in precedenza, di pena accessoria. (Fattispecie nella quale la Corte ha affermato che va annullata con rinvio la sentenza di patteggiamento che, vigente la disciplina antecedente alla citata novella, abbia omesso di ordinare la confisca, in quanto l'intervenuta trasformazione della natura giuridica di essa non comporta alcuna violazione del principio di legalità previsto in tema di sanzioni amministrative).

Cass. pen., sez. IV, 13.10.2010, n. 44895, in *CED Cass. pen.* 2010, rv 249063
Il sequestro preventivo del veicolo utilizzato per la commissione del reato di guida in stato d'ebbrezza, disposto prima dell'entrata in vigore della legge n. 120 del 2010 (che ha mutato la natura giuridica della confisca prevista in tali casi, qualificandola come sanzione amministrativa accessoria), mantiene ferma la sua efficacia nel caso di infondatezza del ricorso in cassazione proposto dall'imputato.

Cass. pen., sez. IV, 14.10.2010, n. 41091, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 2, 302
A seguito della legge n. 120/2010 e, in particolare, del richiamo all'art. 224 ter cod. strad., introdotto nell'art. 186, comma 2, lett. c), la confisca del veicolo prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, è stata trasformata da sanzione penale a sanzione amministrativa accessoria, ma deve essere comunque applicata dal giudice, anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella, pur in assenza di disciplina transitoria, in applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p., perché la successione di leggi non ha comportato alcuna depenalizzazione del reato e la nuova sanzione amministrativa risulta omogenea e di fatto indistinguibile da quella penale, dovendosi pertanto ravvisare continuità tra le due sanzioni accessorie, mentre in relazione alle procedure incidentali pendenti in tema di sequestro preventivo deve ritenersi che il principio della perpetuatio iurisdictionis e le maggiori garanzie offerte dalla procedura penale, consentano alla S.C. adita di esaurire l'iter e quindi pronunziarsi.

In senso conforme Cass. pen., 4.11.2010, n. 40523; in senso contrario limitatamente alla permanenza della giurisdizione penale riguardo alle procedure pendenti Cass. pen., 21.9.2010, n. 38561

Trib. Pisa 15.10.2010, in *Resp. civ. e prev*. 2011, 2, 306
A seguito della legge n. 120/2010 e, in particolare, del richiamo all'art. 224 ter cod. str., introdotto nell'art. 186, comma 2, lett. c), la confisca del veicolo prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza, è stata trasformata da sanzione penale accessoria a sanzione amministrativa accessoria, con la conseguenza che può essere disposta solo dal Prefetto, al quale la sentenza di condanna deve essere comunicata, e che deve essere revocato il sequestro preventivo del veicolo, in precedenza disposto a norma dell'art. 321, comma 2, c.p.p., salva la possibilità per l'autorità amministrativa competente di disporre un sequestro amministrativo, in base alle nuove norme.

In senso conforme Trib. Roma, Sez. riesame, 16 settembre 2010; in senso contrario riguardo alla necessità di disporre la revoca del sequestro Cass. pen., 4 novembre 2010, n. 40523; Cass. pen., 21 settembre 2010, n. 38561.

Cass. pen., sez. IV, 4.11.2010, n. 40523, in *CED Cass. pen.* 2010, rv 248858
La confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza ha assunto, a seguito delle modifiche apportate all'art. 186 cod. strada dalla legge n. 120 del 2010, natura di sanzione amministrativa accessoria.

Dottrina

Per una disamina completa dell'*excursus* storico della materia, le fonti dottrinali sono evidentemente moltissime.

– Benini-Di Biase, *La guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti*, Celt Casa Editrice La Tribuna, 2009;
– Mereu, «L'accertamento dello stato di ebbrezza tra vecchie e nuove incertezze interpretative», in *Resp. Civ. e prev.,* 2008, 7-8, 1506
– Morelli, «La guida in stato di ebbrezza alla luce della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale», in *www.altalex.it* del 3 marzo 2009
– Pistorelli, «La confisca del veicolo in caso di rifiuto dei test alcolimetrici tra interpretazioni giurisprudenziali ed innovazioni legislative», in *Cass. pen*., 2011, 1,57

Conclusioni

Per quanto attiene al merito della questione, il legale dovrà approfondire con il cliente gli aspetti fattuali che possano convincere il giudice che Tizio non ha simulato l'espirazione, e quindi non si è di fatto rifiutato di sottoporsi all'alcoltest, ma realmente non è stato in grado di fornire risultati idonei all'accertamento del suo eventuale stato di ebbrezza.
Quanto al parere più immediato, concernente le possibilità di riavere l'automobile sequestrata, il legale dovrà prospettare l'alternativa tra il rimedio dell'istanza al Pm e del riesame avanti al Tribunale della Libertà, facendo però presente che – allo stato – sono invero scarse le ciance di esito favorevole.
La giurisprudenza di legittimità prevalente si è dapprima orientata nel senso di riconoscere alla confisca del veicolo natura di *misura di sicurezza patrimoniale*, in ragione dell'espresso riferimento all'art. 240 comma 2 c.p. (Cass., sez. IV, 27.1. 2009 n. 9986, rv 243297; sez. IV, 4.6.2009, rv 244977; sez. IV 19.1.2010, n. 12405, rv 246801).

Svolgimento del parere per esteso

Tizio riferisce di essere stato, nel maggio 2010, sottoposto a test alcoli metrico ma, poiché non è riuscito a soffiare in modo idoneo alle rilevazioni dell'eventuale stato di ebbrezza, è stato denunciato per rifiuto e gli è stata sequestrata la macchina.
Alla fattispecie è nel merito applicabile la disciplina della guida in stato di ebbrezza introdotta nel 2009, che ha ripristinato il reato di rifiuto (depenalizzato invece nel 2007), tenuto conto anche delle importanti sentenze del 2010 nonché della successiva Novella.
Il punto cruciale appare riferibile al sequestro e alla confisca, entrambi applicabili anche alla ipotesi di reato del rifiuto. Inizialmente tale confisca è stata considerata dalla Giurisprudenza come misura di sicurezza, col risultato di essere ritenuta ammissibile anche in relazione a violazioni consumate prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92/2008. Le misure di sicurezza, infatti, sono sottratte al principio costituzionale di irretroattività della legge penale, e ad esse va invece richiamato il dettato dell'art. 200, comma 1, c.p., per cui sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.
Ma quest'ultima qualificazione ha suscitato non pochi dubbi di legittimità, atteso che la confisca del veicolo, fin dalla sua introduzione, ha mostrato contenuto più tipicamente *punitivo* piuttosto che cautelare, non potendosi seriamente sostenere che l'espropriazione potesse prevenire la commissione di nuovi reati. Non per nulla, sul punto è scesa la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale nel 2010.
Prima della Consulta, però, con altra fondamentale pronuncia in materia, si sono espresse le *Sezioni Unite della Cassazione*, che hanno sostenuto come il richiamo all'art. 240 c.p. non fosse significativo dell'attribuzione alla confisca della natura di misura di sicurezza, bensì della volontà del legislatore di renderla obbligatoria.
Così infatti si esprimono: «Risulta (...) chiaro che il richiamo all'art. 240 comma 2 c.p., operato dall'art. 186, comma 2, cds, sia stato effettuato esclusivamente per affermare la natura obbligatoria della sanzione della confisca del veicolo da tale norma prevista, e non qualificare tale sanzione come una misura di sicurezza patrimoniale in senso tecnico».
Inoltre hanno ritenuto che, malgrado la diversa formulazione (manca infatti il richiamo all'art. 240 c.p.) anche nel caso di rifiuto di sottoporsi all'esame (art. 186, comma 7) la prevista confisca abbia la medesima natura di sanzione penale accessoria obbligatoria.
Ne consegue che detta sanzione è certamente soggetto al divieto di applicazione retroattiva, ma è comunque obbligatoria.
Dal canto suo, la Corte Costituzionale, investita del problema relativo alla possibilità di applicare retroattivamente (con riferimento all'art. 200, comma 1, c.p.) la confisca del veicolo nel caso in cui l'art. 186 – nella formulazione conseguente alla modifiche intervenute in precedenza la consenta in considerazione della sua natura di misura di sicurezza – ha anzitutto ritenuto che non fosse risolvibile in via interpretativa il problema con l'affermazione della non retroattività della confisca. Il giudice delle leggi ha poi richiamato la giurisprudenza della medesima Corte che aveva affermato come la confisca potesse assumere, in relazione alle varie ipotesi previste da diverse leggi, natura diversa (pena o misura di sicurezza) a seconda delle finalità perseguite (reazione a reato commesso o salvaguardia di esigenze attinenti alla pericolosità della persona).
La Corte ha poi considerato che dovesse essere ritenuta la natura sanzionatoria della confisca del veicolo nel caso previsto dall'art. 186 e che, per evitare il rischio di applicazione retroat-

tiva della norma, fosse sufficiente eliminare il richiamo all'art. 240 c.p. contenuto nell'art. 186.
Il fatto ascritto a Tizio risale al maggio 2010, ma trovasi ancora *sub judice* ai nostri giorni, ergo va considerato che il quadro normativo è però nuovamente mutato con l'entrata in vigore della **legge 29 luglio 2010, n. 120**, che ha innovato la precedente disciplina del codice della strada in relazione alle sanzioni accessorie.
In particolare, per quanto riguarda la confisca del veicolo appartenente alla persona a cui sia addebitato il reato di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, l'art. 33 comma 1 legge n. 120 ha modificato l'art. 186, comma 2, lett. c) inserendo un ultimo periodo che contiene la previsione che,ai fini del sequestro (disciplinato dalla medesima norma che prevede anche al confisca del veicolo) si applichino le disposizione di cui all'art. 224 ter.
Quest'ultima disposizione qualifica espressamente la confisca come *sanzione amministrativa accessoria* e prevede che, nelle ipotesi di reato cui consegue tale sanzione (quindi non solo gli artt. 186 e 187, ma anche l'art. 9 *ter* in tema di divieto di gareggiare in velocità con veicoli a motore) l'agente o l'organo accertatore procedano al sequestro ai sensi dell'art. 213 cod. strad.
La giurisprudenza successiva alla legge n. 120 del 2010 ha risentito della suddetta nuova qualifica di sanzione amministrativa accessoria, attribuita dall'art. 224 *ter* cod. strad. (introdotto con la legge in esame) e ne ha tratto effetti assai rilevanti sulla possibilità di disporre il sequestro preventivo del veicolo.
Si sostiene infatti che il sequestro in parola non sia consentito se disposto ai fini dell'applicazione della confisca del bene (art. 321, comma 2, c.p.p.): in questo caso si fuoriesce palesemente dall'ambito di applicazione della misura cautelare reale, essendo evidente che la confisca cui fa riferimento la norma processuale è quella avente natura penale mentre la confisca, pur conservando il carattere di obbligatorietà, ha assunto oggi natura di sanzione amministrativa; con la conseguenza che il sequestro preventivo penale non potrà più essere disposto nel caso di confisca obbligatoria.
Se invece il sequestro preventivo venne disposto perché la libera disponibilità del veicolo può agevolare la commissione di altri reati (art. 321, comma 1, c.p.p.), il sequestro preventivo conserverà il suo attuale ambito di applicazione, fermo restando che la confisca, ancorché disposta dal giudice penale, non muterà la sua natura amministrativa (Cass., sez. I, 13.10.2010, n. 44895).
Il problema di maggior complessità è però quello che riguarda il diritto intertemporale in mancanza di norme transitorie contenute nella nuova legge.
In particolare occorre verificare quale sia la sorte dei sequestri preventivi disposti anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina, fermo restando che per il periodo successivo non potrà più essere disposto il sequestro preventivo penale nel caso di confisca obbligatoria, ma solo sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p.
Sul punto la Cassazione ha seguito diversi indirizzi, pur all'interno della medesima sezione:
a) una corrente interpretativa, rappresentata per cominciare dalla sentenza n. 40523 del 4.11.2009, Gibellini, ha affermato l'orientamento per cui il sequestro preventivo, anteriormente disposto, mantiene ferma la sua efficacia se, pur disposto nell'egida di una norma previgente, risponde anche ai requisiti di quella intervenuta.
La Cassazione (con la sent. n. 40523) fornisce la seguente motivazione: «Va intanto premesso che la situazione creatasi all'indomani della modifica legislativa, che ci interessa, è diversa rispetto a quella di cui si erano occupate le Sezioni Unite con sentenza 16.3.1994 n. 7394,

quando si erano occupate di un'ipotesi di trasformazione di un illecito penale in illecito amministrativo.
Nella materia della guida in stato di ebbrezza non è intervenuta una depenalizzazione, bensì il solo mutamento della sanzione accessoria, che da penale è riqualificata amministrativa, dal che non risulta richiamabile nell'apparato sanzionatorio contemplato dall'art. 17 c.p.
In siffatto contesto deve ritenersi, per il principio del *favor rei*, applicabile la nuova disciplina di tale sanzione accessoria, posto che il trattamento amministrativo sarebbe, per definizione, più favorevole all'imputato rispetto a quello penale».
Si impone quindi al giudice di valutare ora se l'atto compiuto sia, anzitutto, rispondente alle regole sostanziali e procedimentali vigenti all'epoca e, successivamente, se sia conforme anche ai requisiti sostanziali, di natura amministrativa, richiesti allo stato per procedere a sequestro e confisca amministrativi.
La novella non ha abrogato l'istituto del sequestro prodromico alla confisca, ma ne ha modificato la qualificazione giuridica. Secondo il principio *tempus regit actum*, il sequestro – per essere dapprincipio ritenuto lecito – deve essere stato disposto secondo le regole vigenti al momento, e la misura resta valida, imponendosi al giudice di valutare ora se l'atto compiuto sia conforme anche ai requisiti sostanziali di natura amministrativa allo stato richiesti.
Il principio così espresso è noto come *perpetuatio jurisdictionis*: compete al giudice penale (anche alla Cassazione) valutare la legittimità del sequestro sotto il profilo amministrativo, accertamento coincidente con quello, in precedenza attribuitogli, di verificare l'esistenza del *fumus commissi delicti* e dunque l'esistenza di una guida compiuta nelle condizioni previste dagli artt. 186 comma 2 lett. c) e 187 cod. strad.
In mancanza di norme transitorie, il venir meno della natura penale della confisca comporta l'applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p., con la conseguenza che nei casi di consumazione del reato avvenuta prima dell'entrata in vigore della nuova legge, si applicherà la nuova e più favorevole disciplina, che ha trasformato la sanzione penale in una a carattere amministrativo (Cass., sez. I, 22.9.2010, n. 38570).
In particolare, devono essere valorizzate quelle decisioni che rigettano i ricorsi quando i predetti, appuntandosi contro sequestri finalizzati alla confisca, svolgano doglianze in merito ai soli presupposti di questa e non affrontino, come ora invece necessario, le tematiche di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p. (v. la n. 44895/10).
Al contrario, quando il ricorrente – per esempio – lamenti il carattere manifestamente apparente della prognosi di pericolosità, addotto a sostegno della cautela, oppure sostenga che "il pericolo di perpetuazione delle conseguenze del reato" si appalesi meramente sussidiario e riempitivo nonché fondato su una motivazione sostanzialmente insufficiente e meramente tralaticia dell'enunciato normativo e rappresenti, in conclusione, una mera supposizione, la Cassazione (e prima d'essa il Tribunale del Riesame) potrà accogliere il ricorso (Cass. n. 38570/2010) rimettendo in termini l'imputato per formulare opposizione davanti all'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 205 cod. strad. richiamato espressamente dall'art. 224, comma 5, cod. strad.
Quanto appena sostenuto varrà in particolare nelle ipotesi di veicolo in comproprietà: in una vicenda giudiziaria sul punto, infatti, la Cassazione è tornata a ribadire che oggi, sulla scorta delle disposizioni introdotte dalla legge n. 120 del 2010, il giudice penale non può più procedere al sequestro preventivo dell'automobile in vista della confisca, competenza questa oggi affidata

all'autorità amministrativa. Il presupposto legittimante il sequestro ora non è più da rinvenire nell'art. 321, comma 2, c.p.p. e il giudice penale ora difetta di giurisdizione in merito.
Il vincolo reale non può automaticamente caducarsi, se disposto nell'osservanza delle norme procedurali vigenti al momento della sua imposizione: va in tal caso assicurato il diritto dell'interessato al vaglio nella sede amministrativa cui la legge ha attribuito competenza esclusiva, il che comporta anche il diritto alla notifica di copia della sentenza (se di Cassazione) o ordinanza (se del Riesame) ai fini di un'eventuale opposizione ex art. 205 c. strad. (Cass., sez. I, 22.9.2010 n. 38569).
b) secondo altre pronunzie, pur confermandosi la tesi della *perpetuatio jurisdictionis*, è tuttora dato al giudice penale, senza investire l'autorità amministrativa, delibare la fattispecie del sequestro e i presupposti ai cui fini applicato. Questa perdurante giurisdizione si trarrebbe dal generale principio della competenza del giudice penale ad infliggere anche le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione di un reato, come pacificamente avviene per la sospensione o revoca della patente di guida. Egli è in grado e deve valutare la legittimità o meno, nella sua connotazione amministrativa, dell'operato sequestro, giacché, se si ritiene, quanto alle modalità di imposizione del vincolo, che valgano le norme all'epoca vigenti, per il resto tale legittimità appare ora valutabile solo alla stregua della sussistenza o meno di elementi inducenti a ritenere la legittimità dell'operato sequestro sotto un profilo amministrativo (Cass., sez. IV, 27.10.2010, n. 44903).
c) una terza corrente interpretativa, sviluppatasi in particolare attorno alla problematica del decreto penale di condanna (non elencato dall'art. 186 cod. strad. che al contrario indica espressamente le sentenze di patteggiamento), a cui – come noto e per principio generale non sono applicabili le sanzioni penali accessorie, ivi *in primis* la confisca – la riqualificazione della predetta come misura amministrativa risolve ogni aporia e contrasto interpretativo precedente (Cass., sez. IV, 4.11.2010 n. 40523).
d) Va infine sottolineato che per altre decisioni, di merito e non di legittimità, la trasformazione della confisca del veicolo in sanzione amministrativa comporta, al contrario, la *revoca del sequestro preventivo*, in precedenza disposto ex art. 321, comma 2, c.p.p., e la trasmissione degli atti al Prefetto, cui fa salvo il potere di disporre un nuovo sequestro amministrativo (Trib. Roma, sez. Riesame, 16.9.2010; Trib. Pisa 15.10.2010, in *Resp. civ. e prev*. 2011, 2, 306).
A questa giurisprudenza si contrappone altra, sempre di merito, che continua a ritenere perdurante la natura di sanzione pena accessoria della confisca e la ricava dalla circostanza che le norme incriminatrici continuano a prevedere che sia disposta dal giudice con la sentenza penale di condanna (Riesame Brescia, in *Resp. civ. e prev*. 2011, 2, 311 con nota di Dies).
In materia di rifiuto, peraltro, esiste una parallela disciplina sul fronte contiguo dell'alterazione da sostanze stupefacenti (che peraltro parimenti comporta la confisca del mezzo): fino al 2007 la contravvenzione di guida sotto l'effetto di droghe è stata sostanzialmente simmetrica a quella di guida in stato di ebbrezza, della quale replicava il trattamento sanzionatorio. Da sempre diversa era invece la struttura delle due fattispecie: la condotta di guida in stato di alterazione psico-fisica, imputabile all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, non essendo "graduabile", non è mai stata legata ad alcuna soglia di rilevanza penale, col che manca la struttura tripartita prevista invece per i casi di ebbrezza alcolica.
Come autorevolmente ricordato (Pistorelli, *op. cit*.) la fattispecie si distingue anche per un altro profilo, atteso che la condotta di assunzione, precedente al mettersi alla guida, non è

sufficiente ad integrare la fattispecie, posto che la norma incriminatrice richiede che tale assunzione abbia determinato un effettivo stato di alterazione, il quale deve costituire oggetto di autonomo accertamento.
Gli interventi normativi successivi hanno inciso solo marginalmente sulla contravvenzione in esame, limitandosi sostanzialmente ad innalzarne le pene edittali e a conservare la sanzione accessoria della sospensione della patente o della revoca per i titolari di patente professionale nonché per i recidivi nel biennio. Il d.l. n. 92/2008 ha introdotto la confisca del veicolo anche per questo reato, attraverso il rinvio all'art. 186 comma 2 lett. c) cod. strad.
Le sorti del rifiuto a sottoporsi ai test per la verifica dell'assunzione di stupefacenti sono simili alla parallela ipotesi in caso di ebbrezza alcolica: introdotta con legge 214/03, è stata depenalizzata con d.l. 117/2007, e reintrodotta con d.l. 92/2008, sia pur in maniera implicita.
La legge 29.7.2010 n. 120, recante Disposizioni in materia di sicurezza stradale, ha apportato modifiche alla contravvenzione di cui al D.Lgs. 30.4.1992 n. 285, art. 187 cod. strad.
Il legislatore, nell'intervenire sulla fattispecie di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, ha introdotto la speciale disciplina della confisca, stabilendo che con la sentenza di condanna, ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che appartenga ad una persona estranea al reato. Da notare fin da ora che questa norma introduce un richiamo nuovo: ai fini del sequestro, stabilisce infatti, si applicano le disposizioni di cui all'art. 224 *ter*, su cui dovrà tornarsi.
In precedenza, all'art. 187 cod. strad. risultava applicabile la disciplina della confisca prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c), in virtù del richiamo effettuato dal citato art. 187 cod. strad., comma 2.
La novella del 2010 ha poi aggiunto nella sezione II del capo VI del D.Lgs. n. 285/1992 il menzionato art. 224 *ter*, rubricato "Provvedimento di applicazione delle sanzioni amministrative accessorie della confisca amministrativa e del fermo amministrativo in conseguenza delle sanzioni amministrative".
In relazione al tema che ci occupa, occorre considerare che l'art. 224 *ter* cod. strad. stabilisce che, nelle ipotesi di reato per le quali è prevista la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo, l'agente o organo accertatore della violazione provvede al sequestro del mezzo ai sensi delle disposizioni dell'art. 213 cod. strad., in quanto compatibili.
Sul piano procedimentale, è previsto che copia del verbale di sequestro sia trasmessa alla prefettura del luogo della commessa violazione. Mette conto, altresì, di evidenziare che l'art. 224 *ter* cit. stabilisce che avverso il provvedimento di sequestro è ammessa opposizione ai sensi dell'art. 205 cod. strad., disposizione che regola l'opposizione avanti all'autorità giudiziaria dell'ordinanza ingiunzione.
La condotta tipica del reato previsto dall'art. 187 cod. strad. non è quella di chi guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti, bensì quella di colui che guida in stato di alterazione psicofisica determinato da tale assunzione. Perché possa dunque sussistere la responsabilità dell'agente non è sufficiente provare che precedentemente al momento in cui lo stesso si è posto alla guida egli abbia assunto stupefacenti ma, altresì, che egli guidava in stato di alterazione causato da tale assunzione (Cass., sez. IV, 11.6.2009, n. 41796).
Per affermare la sussistenza della contravvenzione di cui all'art. 187 cod. strad., è necessario sia un accertamento tecnico biologico, sia che le altre circostanze provino la situazione di

alterazione psico-fisica: le modalità di accertamento dello stato di alterazione, dovuto all'assunzione di stupefacenti, sono regolate dall'art. 187 cod. strad. che, a sua volta, ha subito modifiche dad opera della legge n. 120 del 2010 che, quindi si applica *ratione temporis*.
In particolare, quand'anche le analisi chimico/cliniche delle urine riscontrino l'avvenuta assunzione di stupefacenti in epoca più o meno recente, non sono sufficienti a dimostrare le condizioni in cui versa l'indagato al momento del controllo,, soprattutto se non è stata effettuata alcuna visita medica del prevenuta. In tal caso, va esclusa la sussistenza del *fumus commissi delicti* (Cass., sez. IV, 14.10.2010, n. 41091).
Il quadro normativo di riferimento, delineato dalla legge n. 120 del 29 luglio del 2010, presenta significativi elementi di novità rispetto a quello censito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 23428 del 25.2.2010 (rv 247042).
Secondo certe massime, esso induce a ritenere che la confisca prevista dal D.Lgs. 30.4.1992, n. 285, art. 187, come modificato dalla legge n. 120/10 citata, abbia natura di sanzione amministrativa accessoria.
Militerebbero a favore di questa conclusione le seguenti osservazioni:

– il legislatore ha eliminato il riferimento alla fattispecie di cui all'art. 240, comma 2, già previsto dall'art. 186, comma 2, lett. c), in ciò adeguando il dettato normativo all'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza 4 giugno 2010, n. 196, ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 186, comma 2, lett. c) c. strad. proprio in riferimento al citato rinvio all'art. 240 c.p.
– oltre a tale dato di origine testuale, deve adeguatamente considerarsi, sul piano sistematico, il richiamo effettuato dall'art. 187, comma 1, cod. strad., all'art. 224 *ter* cod. strad.: detto richiamo sta a significare che il sequestro finalizzato alla confisca viene gestito, in tutte le sue fasi, dall'autorità amministrativa, tant'è vero che, come sopra considerato, anche il relativo contenzioso segue l'ambito funzionale proprio delle sanzioni amministrative.
– la scelta effettuata dal legislatore appare allora di notevole rilievo al fine di giungere alla conclusione che si sia in presenza di confisca costituente sanzione amministrativa accessoria. Il predetto approdo risulta, viepiù avvalorato dal tenore complessivo dell'art. 224 *ter* cod. strad., che sembra contenere una disciplina unitaria per tutte le ipotesi in cui il codice della strada preveda la sanzione accessoria della confisca.

Secondo certe massime, quindi, il ritenuto carattere amministrativo del sequestro e della confisca del veicolo, in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 187 cod. strad., per effetto della riforma introdotta dal legislatore nell'anno 2010, non sembra precludere l'operatività del sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p.; infatti la fattispecie di cui all'art. 187 c. strad. Mantiene la natura di reato, quale contravvenzione punita congiuntamente con ammenda ed arresto. Conseguentemente, residua pure l'operatività del sequestro preventivo, qualora si ravvisi la necessità di sottoporre il veicolo, inteso come "cosa pertinente al reato", secondo il sintagma dell'art. 321, comma 1, c.p.p. a vincolo cautelare penale, ricorrendone gli specifici presupposti.
La situazione che viene a determinarsi, per effetto della riforma del 2010, sarebbe pertanto la seguente (Cass., sez. IV, 14.10.2010, n. 41091):

– il legislatore ha confermato il carattere penale dell'illecito di cui all'art. 187 c. strad. ed anzi ha rafforzato l'apparato sanzionatorio tipico, previsto per le contravvenzioni dall'art. 17 c.p., elevando la soglia minima edittale della pena detentiva (da tre a sei mesi);

– parallelamente si è prevista la confisca come sanzione accessoria di natura amministrativa: la situazione verificatasi per effetto delle ricordate modifiche di cui alla legge n. 120/2010 quindi presenta caratteristiche peculiari, in particolare la trasformazione da penale ad amministrativo non riguarda l'illecito in sé considerato (l'art. 187 c. strad.) ma unicamente la sanzione accessoria, che non attiene all'apparato sanzionatorio tipico previsto dall'art. 17 c.p.;
– deve pure considerarsi che la nuova sanzione amministrativa risulta omogenea e di fatto indistinguibile con quella penale: si registra pertanto continuità tra le due sanzioni accessorie, con la conseguenza che l'omogenea nuova sanzione può trovare applicazione anche per i fatti anteriori all'entrata in vigore della novella. La fattispecie in esame risulta quindi estranea all'ambito applicativo della legge 24.11.1981, n. 689, art. 1, in materia di diritto transitorio in caso di depenalizzazione, come regolato dalle sezioni unite con sentenza n. 7394 del 16.3.1994 (rv 197698).

Tale soluzione è corroborata da esigenze di razionalità e di uguaglianza ed è comunque conforme al principio del favor rei per il trattamento (quello amministrativo) più favorevole. In relazione alle procedure incidentali pendenti in tema di sequestro preventivo, deve ritenersi che il principio della *perpetuatio jurisdictionis* e le maggiori garanzie offerte dalla procedura penale consentano alla Cassazione di pronunciarsi, ragion per cui, in casi già affrontati, la Corte ha ricordato come in sede di riesame dei provvedimenti che dispongono misure cautelari reali al giudice sono preclusi sia l'accertamento del merito dell'azione penale sia il sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa.
Il controllo da parte del giudice deve investire la base fattuale del singolo caso concreto, secondo il parametro del *fumus* (Cass., sez. I, 11.5.2007 n. 21736, rv 236474) tenendo conto delle concrete risultanze processuali e della effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti (Cass., sez. IV, 29.1.2007 n. 10979, rv 236193).
Mentre quindi per l'applicazione delle misure cautelari personali è necessario un giudizio di probabilità di colpevolezza dell'indagato in relazione a uno o più reati contestati, fondato su una valutazione di gravità degli indizi a carico (giudizio richiesto dall'art. 273 c.p.p.) per l'applicazione delle misure cautelari reali è sufficiente e necessaria la sussistenza del *fumus commissi delicti*, ovvero una verifica delle risultanze processuali che consenta di ricondurre alla figura astratta del reato contestato la fattispecie concreta e renda plausibile un giudizio prognostico negativo per l'indagato (Cass., sez. V, n. 18078 del 2010).
Quanto infine alla ipotesi di reato equivalente a quella ascritta al ricorrente, prevista per rifiuto a sottoporsi agli accertamenti sugli stupefacenti (prevista dall'art. 186 comma 7 cod. strad., come modificato dall'art. 4 d.l. n. 92 del 2008, conv. in l. n. 125 del 2008), la confisca del veicolo, nel caso di condanna, al pari di quella prevista dal comma 2 del medesimo articolo per il reato di guida in stato di ebbrezza, ha natura di sanzione penale accessoria; va pertanto annullata l'ordinanza di annullamento del decreto di sequestro fondata sulla corretta considerazione che la cautela reale di cui al comma 2 dell'art. 321 c.p.p. sarebbe riferita alle sole ipotesi di confisca penale, ma sul non condivisibile presupposto che la confisca prevista dal comma 7 dell'art. 186 cod. strad. sarebbe una sanzione amministrativa accessoria e non una sanzione di natura penale (Cass., sez. un., 25.2.2010 n. 23428).

Traccia per la redazione di ricorso avverso sequestro

(segue da traccia precedente)
Tizio domanda al legale come procedere per richiedere la restituzione dell'auto, sostenendo di non essere in stato di ebbrezza al momento del controllo né di aver simulato l'incapacità a sottoporsi all'etilometro. Il sequestro, operato di iniziativa da parte della Polizia stradale, non è stato convalidato dal G.i.p. per tardività, ma questi ha autonomamente redatto un provvedimento di sequestro preventivo, avente ad oggetto la vettura di Tizio, in quanto "bene sottoponibile a confisca obbligatoria".

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Il legale ha evidenziato al cliente come la norma, che richiamava l'art. 240 c.p. e quindi rendeva sottoponibile a confisca obbligatoria la vettura, e ne legittimava pertanto il prodromico sequestro preventivo, non è più in vigore.
Ipotizza quindi al cliente la possibilità di ricorrere al Tribunale del Riesame per chiedere la restituzione dell'auto.

Norme da considerare nella redazione del ricorso

Art. 321 c.p.p. Oggetto del sequestro preventivo (1) (2)**.**
1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero [2623] il giudice competente a pronunciarsi nel merito [91 att.] ne dispone il sequestro [104 att.] con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale [405] provvede il giudice per le indagini preliminari [328] (3).
2. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca [240 c.p.; 737, 737-bis, 745].
2-bis. Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca (4).
3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione [322-*bis*]. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria (5).
3-*bis*. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria [571], i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale [3573] al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito [229 coord.]. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria (5).
3-*ter*. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-*bis* ovvero se il

giudice non emette ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate (5).

(1) Per il procedimento davanti al giudice di pace, v. art. 192d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.
(2) Per una ipotesi di sequestro assimilabile a quello preventivo, v. gli artt. 1 e 7 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv., con modif., nella l. 15 marzo 1991, n. 82, come modificati dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45. Per il permanere della vigenza delle previsioni contenute in leggi speciali che attribuiscono alla polizia giudiziaria poteri di sequestro, anche di natura preventiva, v. Corte cost. ord. n. 323 del 1990.
(3) La Corte cost., con ordinanza 11 luglio 1991, n. 334 nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 321, nella parte in cui non prevede che, nei reati perseguibili a querela, la richiesta di sequestro preventivo possa essere presentata anche dalla persona offesa querelante, ha affermato che l'esigenza di tutela della collettività che è alla base dell'istituto «non può ontologicamente confondersi con l'eventuale interesse della parte offesa querelante alla cessazione della situazione di illecito, che non sempre sussiste e che comunque è ben distinto dall'interesse manifestato – attraverso la presentazione della querela – all'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'autore del reato».
(4) Comma inserito dall'art. 63l. 27 marzo 2001, n. 97. Vedi l'art. 6 4 l. n. 97, cit.
(5) L'art. 15 d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12 ha aggiunto gli ultimi tre periodi del comma 3 nonché i commi 3-bis e 3-ter.

Art. 322 c.p.p. Riesame del decreto di sequestro preventivo.
1. Contro il decreto di sequestro emesso dal giudice [321] l'imputato [60, 61] e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione [323] possono proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'articolo 324 (1).
2. La richiesta di riesame non sospende l'esecuzione del provvedimento [588].

(1) Comma così modificato dall'art. 16 d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12.

Art. 324 c.p.p. Procedimento di riesame.
1. La richiesta di riesame è presentata, nella cancelleria del tribunale indicato nel comma 5, entro dieci giorni [99 att.] dalla data di esecuzione del provvedimento che ha disposto il sequestro [257, 318, 322, 355] o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro.
2. La richiesta è presentata con le forme previste dall'articolo 582. Se la richiesta è proposta dall'imputato [60, 61] non detenuto né internato, questi, ove non abbia già dichiarato o eletto domicilio o non si sia proceduto a norma dell'articolo 161 comma 2, deve indicare il domicilio presso il quale intende ricevere l'avviso previsto dal comma 6; in mancanza, l'avviso è notificato mediante consegna al difensore. Se la richiesta è proposta da un'altra persona e questa abbia omesso di dichiarare il proprio domicilio, l'avviso è notificato mediante deposito in cancelleria (1).
3. La cancelleria dà immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente che, entro il giorno successivo, trasmette al tribunale gli atti su cui si fonda il provvedimento oggetto del riesame.
4. Con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi. Chi ha proposto la richiesta ha, inoltre, facoltà di enunciare nuovi motivi davanti al giudice del riesame, facendone dare atto a verbale [136] prima dell'inizio della discussione.
5. Sulla richiesta di riesame decide, in composizione collegiale, il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento, nel termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti (2).
6. Il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'articolo 127. Almeno tre giorni prima, l'avviso della data fissata per l'udienza è comunicato al pubblico ministero e notificato al difensore e a chi ha proposto la richiesta. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria.
7. Si applicano le disposizioni dell'articolo 309, commi 9 e 10. La revoca del provvedimento di sequestro può essere parziale e non può essere disposta nei casi indicati nell'articolo 240, comma 2, del codice penale.

8. Il giudice del riesame, nel caso di contestazione della proprietà, rinvia la decisione della controversia al giudice civile, mantenendo nel frattempo il sequestro.

(1) Comma così modificato dall'art. 18 d.lgs.. 14 gennaio 1991, n. 12.
(2) Comma così modificato dall'art. 181 d.lgs.. 19 febbraio 1998, n. 51.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni di approfondire

Il legale rammostra a Tizio che avverso il provvedimento di sequestro preventivo, emesso dal Giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p., è ammessa istanza di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p.

Gli elementi di fatto suggeriti dalla traccia

Tizio ha infatti portato, in un secondo incontro con il legale, un provvedimento medio tempore notificatogli, con cui il giudice ha emesso sequestro preventivo della autovettura. L'avvocato rassicurerà il cliente circa il fatto che l'interessato ha diritto ad un pieno contraddittorio, mediante presentazione e discussione anche di motivi nuovi all'udienza camerale davanti al Tribunale del Riesame (o Tribunale della Libertà).
L'art. 111 Cost. garantisce il contraddittorio in ogni procedimento penale principale o incidentale, sia di merito che di legittimità.

Individuazione della fattispecie di rilievo

Nel caso di specie, illegale rassicurerà il cliente anche per l'eventualità che l'istanza di riesame avverso il decreto di sequestro sia dichiarata inammissibile: tale pronuncia deve infatti essere dichiarata non già *de plano*, ma nel contraddittorio delle parti, ossia all'esito dell'udienza di riesame, della quale deve essere dato avviso anche alla persona nel cui interesse l'impugnazione è stata proposta (Cass., sez. III, 25.11.2003 n. 2021, rv 228603).
Al contrario, l'inammissibilità della richiesta di riesame potrà essere dichiarata *de plano*, senza necessità di fissare l'udienza camerale e di avvisare i difensori, ai sensi degli artt. 127, 309 comma 8 e 310 c.p.p., solo quando siano state disattese le norme processuali che riguardano l'impugnabilità soggettiva e soggettiva del provvedimento, il titolare del diritto al gravame, l'atto di impugnazione nelle sue forme e termini e l'interesse ad impugnare (Cass., sez. III, 11.1.2006 n. 6993, rv 234050; sez. I, 23.2.2001 n. 18957, rv 218924), il che con un minimo di cura ed approfondimento è rischio evitabile.

Opzioni difensive a disposizione

Il legale può obiettivamente caldeggiare al suo cliente il ricorso al Tribunale della Libertà per il riesame del sequestro. Nella avvenuta introduzione dell'istituto della confisca, ad opera della novella dell'art. 186 cod. strad., infatti, non può ravvisarsi in chiave ermeneutica una mancanza di interesse al gravame (Cass., sez. IV, 25.9.2009 n. 39975), quindi non potrà essere definita inammissibile l'istanza di riesame del decreto di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca del veicolo utilizzato per commettere il reato di guida in stato di ebbrezza, atteso che l'art. 186 comma 2 lett. c) cod. strad., nel richiamare il comma 2 dell'art. 240 c.p., non assimila il suddetto veicolo alle cose ivi elencate, bensì riafferma l'obbligatorietà della confisca.
Peraltro, in tema di sequestro preventivo ai fini della confisca obbligatoria del veicolo, guidato

dal trasgressore nelle ipotesi più gravi di guida in stato di ebbrezza (art. 186, comma 2, lett. c) e nell'ipotesi di guida in stato di alterazione psicofisica derivante dall'assunzione di sostanze stupefacenti, compete pur sempre al giudice penale, ai sensi dell'art. 2 c.p.p., affrontare e risolvere incidentalmente e senza alcuna efficacia vincolante in nessun altro processo, la questione della dedotta proprietà del veicolo in capo a persona estranea al reato, che escluderebbe l'applicabilità della misura ablativa (per l'effetto, da queste premesse, si è per esempio ritenuto che correttamente il giudice del riesame aveva respinto la richiesta di dissequestro del veicolo presentata, deducendo che nelle more questo era stato venduto a terzi).
Legittimo altresì il sequestro preventivo, finalizzato a confisca, di un veicolo di cui il conducente abbia la disponibilità materiale giuridica in forza di contratto di leasing, trattandosi di negozio da cui deriva il diritto dell'utilizzatore di godere e di disporre del mezzo di trasporto in maniera esclusiva, dovendosi dunque ritenere, in tal caso, che il veicolo appartenga al conducente medesimo e non già a soggetti terzi (Cass., sez. IV, 11.2.2010 n. 10688, D.G., in *Guida al diritto* 2010, 16, 88).
La lettera dell'art. 186 è formulata in maniera da escludere la confisca del veicolo solo se integralmente appartenente ad un terzo per la tutela del suo diritto di proprietà (Cass., sez. IV, 6.5.2009 n. 24015, rv 244220; sez. III, 13.11.2007, n. 346, rv 238569).
Il sequestro è legittimo anche se l'auto ha più proprietari: il regime di comproprietà del veicolo, infatti, non preclude la possibilità di confisca pro-quota (Cass., sez. IV, 2.3.2010 n. 24288, in *Guida al diritto* 2010, 38, 89).

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Oltre alle massime ed agli autori citati nella prima parte, giova ricordare anche:

Corte Costituzionale 4.6.2010, n. 196, in *Resp. civ. e prev*. 2010, 10, 2017 (nota DIES)
Ev incostituzionale, per contrasto con l'art. 117 cost. e l'art. 7 della Cedu, l'art. 186, comma 2, lett. c), cod. strad., limitatamente alle parole "ai sensi dell'art. 240, comma 2, del c.p.", perché consente l'applicazione retroattiva, ai sensi dell'art. 200 c.p., della confisca del veicolo, la quale avendo natura essenzialmente sanzionatoria, non può essere qualificata come misura di sicurezza patrimoniale.

Trib. Torino 20 gennaio 2011, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*
Il veicolo sottoposto a sequestro preventivo in ambito di fattispecie in materia di guida in stato di ebbrezza, deve essere restituito, non potendo essere mantenuto sotto vincolo in vista di una eventuale applicazione della confisca, che ha assunto carattere amministrativo.

Uff. Giudice indagini preliminari di Rovereto, 2 dicembre 2010, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*
Alla luce delle maggiori garanzie che offre la procedura di riesame del sequestro preventivo ex art. 321 e 324 c.p.p., quella previgente è normativa più favorevole.

Schema dell'atto

Questo pertanto lo schema dell'atto che si suggerisce di redigere:

1. Premessa
Come sempre, è utile tratteggiare per sommi capi i punti fondamentali offerti dalla traccia, dai quali si prendono le mosse per adire il Tribunale con una forma di impugnazione.

Nel caso in esame, ove l'ipotesi di reato è stata commessa poco prima della legge n. 120 del 2010 (che risale a luglio), la Suprema Corte ha riconosciuto che la natura sanzionatoria penale della confisca non escluda (come le stesse sentenze delle Sezioni Unite e della Consulta non avevano escluso) che sia la confisca sia il prodromico sequestro preventivo abbiano anche una funzione di prevenzione speciale (la quale risulta impossibile da perseguire solo in caso di appartenenza integrale del veicolo ad un terzo).

2. presupposti delle misure ablative

La natura cautelare del sequestro preventivo, la natura sia pur non prevalentemente preventiva della confisca e le caratteristiche di bene indivisibile del veicolo sequestrato costituiscono quindi le ragioni che giustificano il temporaneo sacrifico della libera disponibilità del bene (Cass., sez. IV, 24.6.2010, n. 32045).

Di più: persino in relazione a fatti commessi prima dell'introduzione dell'istituto della confisca (nel condannare i quali la predetta veniva comunque inflitta), la Cassazione aveva affermato che detta confisca integrasse una misura di sicurezza patrimoniale, non avesse carattere eminentemente sanzionatorio, non potesse essere sostanzialmente assimilata ad una pena. Essa, infatti, "non ha natura di sanzione penale ma di misura di sicurezza, giustificata dal pericolo di reiterazione del reato collegato alla immediata disponibilità del mezzo da parte del soggetto che lo guidava, tende quindi a prevenire la commissione di nuovi reati. La pericolosità del bene, oggetto di sequestro preventivo, e oggetto di confisca obbligatoria sempre che, cessata la fase cautelare, vi sia condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza (o applicazione della pena) e la constatazione dello stretto, diretto nesso di pertinenzialità tra la vettura ed il reato impediscono di attribuire alla previsione della confisca una connotazione sanzionatoria ed afflittiva, che osterebbe alla applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200, secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.

Il veicolo è da considerare *res pericolosa* in relazione al soggetto trovato in grave stato di ebbrezza, e ciò fino all'esito del giudizio volto all'accertamento dell'attribuibilità del reato alla persona cui sottratta la disponibilità di della stessa con il sequestro.

3. elementi costitutivi del sequestro

Il *fumus* del reato è costituito dalla astratta sussumibilità del fatto contestato nell'ipotesi criminosa prevista dalla legge che, nel caso di condanna comporta la confisca del mezzo (Cass., sez. IV, 3.4.2009, n. 38179).

E sempre nell'egida delle norme previgenti, ancora la Suprema Corte sottolineava che il richiamo all'art. 240 comma 2 c.p. non equivaleva affatto ad assimilare il veicolo, utilizzato per commettere il reato di guida in stato di ebbrezza, alle cose ivi elencate: l'auto non è cosa di per sé pericolosa, tale da non poter restare in circolazione prescindendo dal soggetto che ne aveva la disponibilità e dall'esito del giudizio, ma diventa tale in quanto rimasta nella disponibilità del soggetto trovato in grave stato di ebbrezza (Cass., sez. IV, 11.2.2009, n. 13831).

Siffatta interpretazione si pone in assoluta sintonia con i principi enunciati dalle Sezioni Unite quando, chiamate ad esaminare analoga questione con riferimento alla confisca prevista dall'art. 722 c.p. per il denaro esposto nel gioco d'azzardo e per gli arnesi od oggetti ad esso

destinati (Cass., SS. UU. 25.3.1993, n. 5) affermarono: «L'avverbio non sta a significare che la misura deve essere disposta anche nel caso di proscioglimento e in particolare nel caso di estinzione del reato».

4. modifiche normative introdotte dalla legge del 2010

E qui sta il punto focale della trattazione che qui interessa. Fin tanto che nella normativa sanzionatoria del reato di guida in stato di ebbrezza, e di rifiuto a sottoporsi all'alcoltest, che richiamava la prima, era inserito il rinvio all'art. 240 comma 2 c.p., al di là del valore ermeneutico di tale rinvio (che come si legge in svariate massime della Suprema Corte aveva il solo scopo di qualificare come "obbligatoria" la confisca a seguito di condanna o patteggiamento) l'istituto ed il provvedimento prodromico, ossia il sequestro, orbitavano e dipendevano strumentalmente dall'istituto a cui tendevano, ossia la confisca stessa.

Nelle more del procedimento, per esempio, ed in particolare in sede di riesame, veniva attribuito rilievo alla configurabilità, al *fumus*, del reato che, in caso di condanna, avrebbe automaticamente comportato la confisca. In presenza di elementi indicatori di tale *fumus* (e si pensi a quanta larghezza interpretativa è stata concessa, almeno per un periodo, ai c.d. indici sintomatici riferiti dagli operanti, poi fortunatamente stigmatizzati) la restituzione del veicolo non poteva essere disposta perché avrebbe consentito all'interessato di cedere a terzi il veicolo stesso, frustrando lo Stato del suo diritto all'apprensione del bene, del quale non è prevista la confisca per equivalente.

Ma come si vedrà a breve, l'istituto ha cambiato connotati con la Novella del 2010: la disposizione normativa di cui all'art. 186 c. strad. è stata parzialmente modificata dalla legge 29.7.2010 n. 120, art. 323, recante disposizioni in materia di sicurezza stradale.

In particolare, lo specifico richiamo nell'art. 186, come novellato, all'art. 224 *ter* cod. strad., introdotto dalla richiamata legge n. 120 del 2010 (intitolato "Procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative accessorie alla confisca amministrativa e al fermo amministrativo in conseguenza ad ipotesi di reato") fa fondatamente ritenere, alla stregua di una interpretazione organica delle norme di riferimento, che la confisca – prevista per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza, nonché per il reato di rifiuto di sottoporsi all'alcoltest e di guida sotto influenza di sostanze psicotrope – è ora qualificata come sanzione amministrativa e non più penale, come in precedenza, sciogliendo dubbi interpretativi, era stato affermato dalle Sezioni Unite (sentenza 25.2.2010, rv 247042) e dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 196 del 2010).

5. Modifica della natura della confisca

Dunque il legislatore, operando una specifica scelta, ha optato per la natura amministrativa della confisca di cui all'art. 186 cod. strad. in riferimento alle ipotesi di reato sopra ricordate, lasciandone ferma l'obbligatorietà, ma trasformandone la natura ora assimilata al provvedimento di sospensione della patente di guida (l'analogia permane a proposito della trasmissione di copia della sentenza al prefetto competente), sanzione amministrativa ma irrogata dal giudice penale (Cass., sez. IV, 25.11.2010 n. 45365).

La trasformazione da sanzione penale accessoria a sanzione amministrativa accessoria ha altresì escluso che oggi possa procedersi al sequestro preventivo del veicolo ai sensi dell'art. 321 comma 2, giacché in base a quanto disposto dall'art. 224 *ter* cod. strad., il sequestro ai fini della confisca del veicolo deve essere operato esclusivamente dall'autorità amministrativa

(Cass., sez. IV, 4.11.2010 Gibellini; sez. IV, 22.9.2010 Grandini, sez. IV, 22.9.2010 Mineo; sez. IV 23.9.2010 Carli e sez. IV, 23.9.2010 Fabbri).
Tale assunto ha comportato, in un primo momento, che la Suprema Corte si dichiarasse di fatto incompetente a decidere sui ricorsi presentati contro provvedimenti di sequestro preventivo (*rectius*, contro provvedimenti del Tribunale del riesame confermativi di sequestri preventivi) adducendo inammissibilità del ricorso e mandando alla sede di merito l'interesse dell'indagato a far valere l'innovazione normativa (Cass., sez. IV, 17.12.2010 n. 2632).
Più recentemente sono state depositate motivazioni più sofisticate, che vanno qui richiamate in quanto perfettamente attinenti al caso che ci interessa (Cass., sez. IV, 21.9.2010, n. 41077).
Si è precisato che ai sequestri preventivi, emessi per consentire di applicare la confisca del bene, non possa che ricondursi il paradigma dell'art. 321 comma 2 c.p.p., il quale richiama l'art. 240 c.p. nella parte in cui si riferisce ai beni soggetti a confisca obbligatoria.

6. Conclusioni
In mancanza di norme transitorie nella nuova legge, il venir meno della natura penale della confisca comporta l'applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p., con la conseguenza che, ai casi di consumazione del reato avvenuta prima dell'entrata in vigore della nuova legge (come quello che ci interessa) si applicherà la nuova e più favorevole disciplina, che ha trasformato una sanzione penale in una a carattere amministrativo.
Il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari cita testualmente il riferimento all'istituto della confisca obbligatoria, dal che deve ritenersi che la misura cautelare reale sia stata emessa in base al disposto dell'art. 321 comma 2 c.p.p.
Da ciò deve conseguire, e pertanto deve costituire oggetto della richiesta al Tribunale del Riesame, l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata perché pronunziata da un giudice cui non era più attribuita la giurisdizione a pronunziarsi sulla legittimità del sequestro preventivo del veicolo.
Se poi a tale presupposto volesse farsi seguire l'ulteriore corollario, affermato da certe massime, per cui – nonostante l'annullamento dei provvedimenti giudiziali – la misura cautelare impugnata non verrebbe automaticamente meno, va allora invocato l'art. 205 cod. strad., che consente l'opposizione innanzi all'autorità giudiziaria, cui l'art. 224 *ter* comma 5 espressamente rinvia.
Da ciò deriva il diritto del ricorrente alla notifica del provvedimento, per la remissione nel termine di trenta giorni per l'opposizione anzidetta.

Svolgimento dell'atto per esteso

Tribunale di <.....>
In funzione di giudice del Riesame
Ricorso ex art. 324 e ss. c.p.p.

Il sottoscritto avv. <.....>, difensore di Tizio, nato a <.....> in data <.....>, destinatario di provvedimento del Giudice per le indagini preliminari, emesso ai sensi dell'art. 321 comma 1 c.p.p., conseguente a mancata convalida del sequestro disposto sul luogo e nell'immediatezza dei fatti dalla Polizia Stradale di <.....>.

Motivi

Violazione di legge con riferimento agli artt. 186 c. strada, 321 c.p.p. e 224 ter c. strada.
Al sig. Tizio viene ascritta un'ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'alcoltest, commessa in – nel maggio 2010. Sul suo veicolo è intervenuto un provvedimento di sequestro preventivo, firmato dal Giudice.
In tale ipotesi, e fin dalla sua introduzione ad opera del decreto del 2008, va eccepito che il rischio di agevolazione della commissione di altri reati, che fonda la cautela contro la libera disponibilità del bene, è totalmente immotivato nel caso di rifiuto.
Il dato normativo di riferimento, infatti, risulta assai contraddittorio: la legge n. 125/2008 ha configurato la misura inserendo nel terzo periodo del comma 7 dell'art. 186 l'inciso "e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2 lett. c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione" e l'ha inserito dopo la previsione della "sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente".
Tale inciso è stato introdotto a seguito di un emendamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 92, col che l'interprete è stato lasciato nel dubbio circa la effettiva volontà del legislatore di attribuire anche alla confisca la qualifica di sanzione amministrativa, ben poco coerente con le scelte operate nell'art. 186, ove si configura come misura di sicurezza.
Se si accoglie questa interpretazione, ossia che si tratti di misura di sicurezza, la stessa ha senso se collegata al caso di guida in stato di ebbrezza e/o di alterazione da stupefacenti, atteso che pacificamente il veicolo si presenta come mezzo con cui il reato venne commesso, col che diventa accettabile la prognosi di pericolosità operata dall'art. 186 comma 2 lett. c), ma altrettanto non è possibile affermare nell'ipotesi del rifiuto, atteso che qui il veicolo non presenta più il menzionato collegamento strumentale con la consumazione del reato.
Come noto, sul punto specifico sono intervenute le Sezioni Unite, investite di ordinanze di rimessione in cui si ipotizzava il contrasto e si sosteneva la natura di sanzione amministrativa accessoria anche della confisca, oltre che della sospensione della patente. Con la notissima sentenza del 2010, risolvendo il potenziale contrasto interpretativo, la confisca è stata qualificata come sanzione penale accessoria, da ricavarsi sia in base al rinvio operato all'art. 240 comma 2 c.p., sia in ordine alla previsione che la confisca sia ordinata anche in caso di sospensione condizionale della pena, precisazione superflua qualora ci si trovasse al cospetto di una misura di sicurezza e che si spiega, invece, solo attribuendo al legislatore la volontà di configurare una vera e propria pena accessoria, derogando alla disciplina generale di cui all'art. 166 c.p. per questo tipo di sanzioni.
Secondo le Sezioni Unite, nulla quanto alla confisca costituisce il più credibile dei deterrenti rispetto alle pene tradizionali, ed il suo allargamento al caso di rifiuto di sottoporsi all'alcoltest ha proprio il fine di non incentivare la sottrazione alla procedura di misurazione del tasso alcolemico, posto che l'eventualità che esso si assesti in fascia b) preclude la espropriazione del mezzo.
Ma come noto questo quadro è stato stravolto sia dalla Corte Costituzionale che dal legislatore del 2010. La Consulta ha confermato che alla confisca in esame sia stata assegnata una funzione sanzionatoria e meramente repressiva, osservando come essa non sia deputata a prevenire il pericolo che l'autore del reato si ponga alla guida di altri veicoli, tanto da dover essere applicata anche laddove il mezzo, incidentato, sia divenuto inutilizzabile. Ma ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale del rinvio all'art. 240 c.p., precludendo quindi di connettere il sequestro del veicolo alla sua successiva eventuale confisca.
Nella sentenza in parola, il Giudice delle leggi non ha però specificato se la confisca sia una sanzione

penale o amministrativa, ferma restandone comunque la natura afflittiva. Ecco che è intervenuto il legislatore che, con la legge 29.7.2010 n. 120, recependo il *dictum* della Consulta, ha eliminato dal testo del comma 2 lett. c) ogni riferimento all'art. 240 c.p., ma ha altresì aggiunto il rinvio all'art. 224 ter c. strad e da lì, come noto, si è ricavato che la confisca ora va inequivocabilmente qualificata come misura amministrativa. L'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite può dirsi di fatto superata, e il fatto che il legislatore nulla abbia previsto di specifico per il caso di rifiuto induce a ritenere che, come in precedenza, la tecnica del rinvio alla fattispecie di ebbrezza conclamata comporti l'equiparazione anche quanto alla natura della confisca: sanzione amministrativa.
Quanto premesso si riverbera in materia di legittimità del sequestro preventivo del veicolo. Il richiamo alla confisca dello stesso non vale più a sorreggere la misura cautelare, posto che – caduto il rinvio all'art. 240 comma 2 c.p., il *periculum* non è più presunto per legge (come prima della sentenza della Consulta e della legge del 2010; cfr. Cass., sez. fer., 28.8.2008 n. 36822). Resta da verificare sia se esistano i presupposti previsti dall'art. 321 comma 1 c.p.p. sia, alla luce della nuova giurisdizione dell'autorità amministrativa, siano stati rispettati i dettami normativi sul punto richiamabili.
Tali requisiti vengono fatti coincidere con l'accertamento della guida in stato di ebbrezza oltre il limite di 1,5 gr/l che «coincide con la verifica operata in precedenza circa al *fumus commissi delicti*, che costituiva presupposto anche del provvedimento di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p.» (Trib Verona, sez. pen., 20.11.2010, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*). Sul punto la giurisprudenza cautelare più recente è univoca: il bene va dissequestrato, non potendo essere mantenuto sotto vincolo in vista di una eventuale applicazione della confisca, che ha assunto carattere amministrativo (Trib. Torino, 20.1.2011, *ibidem*).
Vi sono pronunzie, poi, che si spingono fino ritenere che, sulla scorta di vari presupposti, la confisca sia di fatto rimasta una pena c.d. criminale, al di là della nuova qualifica di sanzione amministrativa accessoria: continua a essere disposta dal giudice penale, il quale solo ne accerta i presupposti, e la applica anche in ipotesi di sospensione condizionale della pena e la revoca in caso di positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità (quando, se fosse una confisca davvero amministrativa, dovrebbe permanere). Il rinvio all'art. 224 ter cod. strad. sarebbe quindi meramente procedimentale e non sostanziale.
Da ciò ne consegue che non possa essere richiamato l'art. 2 legge n. 689/1981, ma l'art. 1 che depone in senso inverso per la irretroattività, per cui proprio la mancanza di norma transitoria imporrebbe l'impossibilità di applicare la confisca del veicolo ai fatti pregressi, commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 120 del 2010: non quella penale, perché non più prevista, non quella amministrativa, perché prevista da una disposizione entrata in vigore dopo il fatto commesso.
Secondo questa giurisprudenza, alla luce delle maggiori garanzie che offre la procedura di riesame del sequestro preventivo ex art. 321 e 324 c.p.p., sotto questo profilo quella previgente è normativa più favorevole (Uff. Giudice indagini preliminari di Rovereto, 2 dicembre 2010, *ibidem*). Accedendo a questa tesi, si può tornare a sostenere che i presupposti di legge sono stati violati nel caso di specie, dove il richiamo alla confisca (art. 321 c. 2 c.p.p.) non ha più alcuna ragione giuridica di permanere, e dove anche i presupposti del comma 1 dell'art. 321 sono assenti. Non si può infatti fondatamente sostenere che persista al'ammissibilità di un sequestro preventivo del veicolo finalizzato ad evitare la reiterazione del reato, se quello ipotizzato è il rifiuto di sottoporsi agli alcoltest, posto che – paradossalmente – questa fattispecie è plausibile anche se il soggetto si trova alla guida di un veicolo altrui.
Il legislatore del 2010 avrebbe potuto derogare al principio del divieto di applicazione retroattiva delle misure amministrative, che invece, nell'assenza di discipline transitorie, permane con tutta la

sua cogenza. Ne consegue che il giudice penale non potrà disporre la confisca del veicolo, in sede di condanna o patteggiamento per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge 120/2010, né in quanto pena accessoria ai sensi della vecchia disciplina (perché la sua applicazione avrebbe un effetto sfavorevole al reo, e verrebbe vietata dall'art. 2 comma 4 c.p.) né in quanto sanzione amministrativa accessoria, ai sensi della nuova disciplina, la quale non è applicabile retroattivamente giusto il divieto di cui all'art. 1 legge n. 689/1981.

Da ciò deriva che devono ritenersi caducati tutti sequestri disposti, *ex* art. 321 comma 2 c.p.p., in chiave prodromica rispetto ad una confisca che non potrà più aver luogo, mentre per i fatti successivi sarà l'autorità amministrativa a dover provvedere in via esclusiva. Potrebbe mantenersi il sequestro, se disposto *ex* art. 32 comma 1, ma nella misura in cui ne sussistessero i presupposti, i quali potranno al più sfociare in un provvedimento di confisca facoltativa del veicolo, in quanto "cosa che servì a commettere il reato" ai sensi dell'art. 240 comma 1 c.p.p., e sempre che tale misura sia considerata idonea e necessaria allo scopo di impedire al reo di commettere nuove infrazioni. Il che ovviamente non consta nel caso di rifiuto

Per quanto premesso, pertanto, chiede sia disposta la restituzione del veicolo.

Con osservanza

Luogo, data, il

Avv.

Le sentenze in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. Un. Pen., 18 giugno 2010, n. 23428

Codice della strada - Rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico - Confisca - Natura - Sanzione penale accessoria.

La confisca del veicolo prevista dal codice della strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico ha natura di sanzione penale accessoria. Va quindi esclusa la natura di misura di sicurezza della sanzione.

Corte Costituzionale sentenza 4 giugno 2010, n. 196

Guida in stato di ebbrezza - Confisca del mezzo - Non ha valore retroattivo.

«Ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato». Per questo la misura della confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza non è applicabile qualora, al momento dei fatti, la norma non fosse stata in vigore. La Consulta, nella sentenza 196/2010, dichiara quindi illegittime le parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del Codice penale» dell'articolo 186, comma 2, lettera c) del Codice della strada, come modificato dal D.L. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica) e rende così compatibile la disposizione con l'articolo 7 della Cedu - e quindi con l'articolo 117, primo comma, della Costituzionale. Solo dal riferimento al Codice penale, infatti, deriva l'applicazione retroattiva della confisca.

Corte di Cassazione, Sez. Unite pen., 19 gennaio 2012, n. 14184

Circolazione stradale e codice - Guida sotto l'influenza dell'alcool - Sanzioni - Confisca del veicolo - Vettura in leasing - Applicabilità - Esclusione - Circolazione stradale e codice della strada - Guida sotto l'influenza dell'alcool - Sanzioni - Confisca del veicolo - Vettura in leasing - Applicabilità - Esclusione.

Non è confiscabile la vettura condotta in stato di ebbrezza dall'autore del reato, utilizzatore del veicolo in relazione a contratto di leasing, se il concedente, proprietario del mezzo, sia estraneo al reato.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

8. *Phishing, financial manager* ed elemento soggettivo del reato

(di Alessia Sorgato)

Traccia per la redazione del parere

Tizio si reca dall'avv. Caio, assumendo di essere stato rinviato a giudizio, assieme al padre e ad altri soggetti a lui sconosciuti, con l'accusa di associazione a delinquere, ricettazione e riciclaggio ed ivi condannato alla pena finale di anni uno mesi quattro di reclusione ed euro 500 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali e di una provvisionale a favore delle parti civili costituitesi, ossia l'istituto di credito, la persona fisica asseritamente deprivata di varie somme dal proprio conto ed un'associazione consumatori.
Il processo, svoltosi con rito abbreviato, è nato dalla denuncia, presentata dallo stesso Tizio alla stazione Carabinieri del suo paese dopo che l'istituto bancario, presso il quale ha da tempo un conto corrente a proprio nome, ha bloccato un'operazione di accredito di un bonifico ricevuto on line.
Tizio riferisce di essere stato incaricato dalla società Sempronia, con sede legale in Ucraina, di ricevere pagamenti da parte dei clienti della predetta, mettendo a tal fine a disposizione il suo conto corrente. Le sue mansioni, regolarmente descritte in un contratto che ha stipulato con la società, prevedevano il reinoltro delle somme tramite Money Gram, ed a fronte dell'incombente Tizio ha potuto trattenere una piccola percentuale.
Gli apparenti clienti, dai cui conti prelevate le somme accreditate sul conto di Tizio, hanno presentato denuncia, affermando di non aver rapporti con la società in questione, di non aver mai disposto pagamenti in suo favore, ma di essere stati vittime di una truffa, mediante furto delle loro credenziali bancarie.
Il legale prende visione degli atti del processo e della sentenza conclusiva del primo grado e così, individuati i punti salienti della vicenda, raffrontatili con il capo di imputazione e controllata la motivazione della condanna, provvede a fornire al cliente un parere, e sulla scorta di quello, a tratteggiargli come imposterebbe l'atto di appello.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Il compito del legale, una volta richiesto di formulare un parere su di una vicenda rammostratagli dal cliente, consiste nello spiegare, alla luce di quanto ha appreso dagli atti dell'incarto processuale, per sommi capi intanto di cosa sia stato accusato.
In casi come quello esposto dalla traccia (ed in generale ogni volta che la condotta di reato presupponga a sua volta un precedente delitto commesso da altri, come in tutti i processi per

ricettazione o riciclaggio) vanno doverosamente premessi alcuni cenni in materia del reato, per così dire presupposto, che è stato ascritto ad altri, giudicati separatamente.
La contestazione di associazione a delinquere, di cui anche Tizio risponde, secondo quanto accennato dalla traccia nasce dall'inchiesta che ha congiuntamente osservato non solo le condotte del predetto, ma altresì dei soggetti che, "a monte", ossia in via prodromica alle azioni poi singolarmente ascritte al cliente, hanno organizzato una rete criminosa articolata, ove alcuni hanno agito anche dall'estero, ed altri, come Tizio, sono stati da quelli coinvolti per il tramite di una offerta di lavoro.

Norme e fattispecie di reato da considerare per la redazione del parere

Il modo più semplice ed al contempo efficace per iniziare l'esposizione di un parere è quello di leggere con attenzione le norme ascritte nell'imputazione o comunque ricavabili dall'analisi della traccia.

Art. 416 c.p. Associazione per delinquere.
[I]. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni [305^{1}, 306^{1}, 416-bis; 380^{2m} c.p.p.] (1).
[II]. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni [305^{2}, 306^{2}, 416-bis^{1}] (1).
[III]. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori [305^{3}, 306^{3}, 416-bis; 380^{2m} c.p.p.]. [IV]. Se gli associati scorrono in armi [585^{2-3}] le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni (1).
[V]. La pena è aumentata [64] se il numero degli associati è di dieci o più [$112^{1\ n.\ 1}$, 417, 418].
[VI]. Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma (2).

(1) Per l'aumento della pena, qualora il fatto sia commesso da persona sottoposta a misura di prevenzione, v. art. 7 l. 31 maggio 1965, n. 575. In tema di scioglimento dei consigli comunali e provinciali v. art. 143 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.
(2) Comma aggiunto dall'art. 4 l. 11 agosto 2003, n. 228, e successivamente modificato dall'art. 1, comma 5, della l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha sostituito le parole "600, 601 e 602", con le parole: "600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286". competenza: Trib. collegiale; Corte d'assise (6° comma)
arresto: facoltativo; obbligatorio (1° e 3° comma), nell'ipotesi di cui all'art. 380^{2m} c.p.p.
fermo: consentito (1° e 4° comma); non consentito, salvo che non ricorra l'ipotesi di cui all'art. 7 l. n. 575 del 1965 (2° comma)
custodia cautelare in carcere: consentita
altre misure cautelari personali: consentite
procedibilità: d'ufficio

Art. 640 c.p. Truffa
[I]. Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 euro a 1.032 euro [$381^{2i,\ 3,\ 4}$ c.p.p.].

[II]. La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 euro a 1.549 euro [381[2i, 3, 4] c.p.p.]:
1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico (1) o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare [162[2] c.p.m.p.];
2) se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità [649] (2).
2-bis) se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5) (3).
[III]. Il delitto è punibile a querela della persona offesa [120], salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante [61] (4).

(1) In tema di responsabilità amministrativa degli enti v. art. 24 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.
(2) L'art. 3 d.l. 3 marzo 2003, n. 32, recante «Disposizioni urgenti per contrastare gli illeciti nel settore sanitario» (G.U. 4 marzo 2003, n. 52), non convertito in legge (v. Comunicato in G.U. 5 maggio 2003, n. 102), aveva inserito dopo il secondo comma il seguente: «Se il fatto è commesso a danno del Servizio sanitario nazionale da professionisti sanitari dipendenti dal medesimo Servizio o con esso convenzionati, ovvero responsabili di strutture sanitarie accreditate per l'erogazione di prestazioni clinico-diagnostiche, la pena pecuniaria di cui al secondo comma è decuplicata. Ev sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. Il provvedimento che definisce il giudizio deve essere comunicato al competente ordine o collegio professionale di appartenenza che, valutati gli atti, dispone la radiazione dalla professione del responsabile».
(3) Numero aggiunto dall'art. 3, comma 28, della l. 15 luglio 2009, n. 94.
(4) Comma aggiunto dall'art. 98 l. 24 novembre 1981, n. 689.
competenza: Trib. monocratico (udienza prelim. secondo comma)
arresto: facoltativo
fermo: non consentito
custodia cautelare in carcere: v. 3915 c.p.p. (primo comma); consentita (secondo comma)
altre misure cautelari personali: v. 3915 c.p.p. (primo comma); consentite (secondo comma)
procedibilità: a querela di parte; d'ufficio (secondo comma o altre ipotesi aggravate)

Art. 640 ter Frode informatica (1).
[I]. Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 euro a 1.032 euro.
[II]. La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 euro a 1.549 euro se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.
[III]. Il delitto è punibile a querela [120-126] della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo comma o un'altra circostanza aggravante.

(1) Articolo inserito dall'art. 10 l. 23 dicembre 1993, n. 547.
competenza: Trib. monocratico (udienza prelim. secondo comma)
arresto: non consentito (primo comma), facoltativo (secondo comma)
fermo: non consentito
custodia cautelare in carcere: consentita (secondo comma)
altre misure cautelari personali: consentite (secondo comma)
procedibilità: a querela di parte; d'ufficio (secondo comma o altre ipotesi aggravate)

Art. 617 sexies c.p.: Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche (1)**.**
[I]. Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di arrecare ad altri un danno, forma falsamente ovvero altera o sopprime, in tutto o in parte, il contenuto, anche occasionalmente intercettato, di taluna

delle comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi, è punito, qualora ne faccia uso o lasci che altri ne facciano uso, con la reclusione da uno a quattro anni.
[II]. La pena è della reclusione da uno a cinque anni nei casi previsti dal quarto comma dell'articolo 617-quater (2).

(1) Articolo inserito dall'art. 6 l. 23 dicembre 1993, n. 547.
(2) Per un'ulteriore ipotesi di aumento della pena, v. art. 36 l. 5 febbraio 1992, n. 104.
competenza: Trib. monocratico (udienza prelim. secondo comma)
arresto: facoltativo
fermo: non consentito
custodia cautelare in carcere: consentita
altre misure cautelari personali: consentite
procedibilità: d'ufficio

Art. 615 ter c.p. Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (1)**.**
[I]. Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni.
[II]. La pena è della reclusione da uno a cinque anni:
1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema;
2) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o alle persone, ovvero se è palesemente armato;
3) se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti (2).
[III]. Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni (2).
[IV]. Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d'ufficio.

(1) Articolo inserito dall'art. 4 l. 23 dicembre 1993, n. 547.
(2) Per un'ulteriore ipotesi di aumento della pena, v. art. 36 l. 5 febbraio 1992, n. 104.
competenza: Trib. monocratico (udienza prelim. secondo e terzo comma)
arresto: non consentito (1° comma); facoltativo (secondo e terzo comma)
fermo: consentito (terzo comma, in relazione alle ipotesi di cui al secondo comma)
custodia cautelare in carcere: consentita (secondo e terzo comma)
altre misure cautelari personali: consentite (secondo e terzo comma)
procedibilità: a querela di parte (primo comma); d'ufficio (secondo e 3° comma)

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

La vicenda in cui Tizio assume di essere rimasto coinvolto rientra in una fattispecie piuttosto recente nel panorama giurisprudenziale italiano e, allo stato, tuttora priva di una norma sanzionatoria *ad hoc*: il c.d. *phishing*.
Per questa ragione il legale dovrà ricorrere sia a spiegazioni di tipo empirico sia a raffronti con eventuali normative straniere per chiarire al meglio la condotta incriminata, di cui si assume che il suo assistito si sia reso responsabile.

Nel caso di specie, possono risultare chiarificatrici anche l'etimo e la spiegazione terminologica della dizione d'uso corrente , ossia che il termine deriva dalla crasi tra le parole inglesi "*password*" e "*to fish*", e letteralmente significa «pescare password».
Questa definizione, quindi, identifica la fattispecie, in ambito informatico come "**spillaggio** di dati sensibili"[1], serve infatti a "pescare" dati finanziari e *password* di un utente.

Gli elementi di fatto suggeriti dalla traccia

Di fatto, il *phishing* è una **truffa informatica** che permette di carpire, attraverso *e-mail*, i dati di accesso personali al conto *on line* di un'altra persona[2].
La traccia infatti accenna alla condotta di chi, una volta ottenuti fraudolentemente i codici di accesso ad un conto *on line* (segnatamente User ID e password), essi vengano utilizzati per lo storno di somme di denaro, a vantaggio degli autori del reato, che per assicurarsene il profitto si debbono avvalere di altri soggetti titolari, a loro volta, di conti correnti su cui la provvista oggetto dell'appropriazione transita temporaneamente (i c.d. *financial managers*).
Si tratta di una composita attività illegale, che si snoda attraverso un certo numero di operazioni, solo la prima delle quali ha come fine quello di ottenere l'accesso a informazioni personali o riservate, quindi l'ulteriore finalità del furto di identità, e viene operata mediante l'utilizzo di comunicazioni elettroniche, soprattutto *e-mail* fasulle o messaggi istantanei, ma anche contatti telefonici.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Grazie a queste comunicazioni, che imitano grafica e logo dei siti istituzionali, noti al destinatario (per esempio la sua banca, il suo *provider web*, un sito di aste *online* a cui è iscritto), l'utente è ingannato a proposito del mittente, e portato a rivelare dati personali, come il suo numero di conto corrente, di carta di credito, i relativi codici di identificazione, e così via.
Come sovente accade, soprattutto per fattispecie di nuovo conio, è utile uno sguardo ai casi già affrontati dalla giurisprudenza, che nel nostro caso sono per lo più di merito (la Cassazione infatti risulta allo stato essersene occupata soprattutto sotto il profilo cautelare).
La più parte, per non dire la totalità dei precedenti, dimostra un *modus operandi* ricorrente e comune: il correntista di un istituto di credito (o di un Ente con pari finalità, quale Poste Italiane) o comunque di una società che gestisce servizi a mezzo internet (sono infatti noti anche i casi di *Paypal*, di *Ebay* e di *Lottomatica*) riceve una *e-mail* sulla propria casella di posta elettronica, apparentemente da quelli proveniente, nella quale lo si informa che è in corso un progetto di verifica dei dati anagrafici da lui forniti all'atto della sottoscrizione, oppure che è stato riscontrato un tentativo di intrusione o di utilizzo illecito o, perfino, che il suo conto corrente (piuttosto che la sua carta di credito) ha subito un attacco informatico scongiurato, ma concreto, e le ipotesi potrebbero continuare In un noto caso milanese, la Guardia di Finanza, in una comunicazione in atti, così si esprime: "In relazione ad ipotesi di frode aggravata in danno di alcuni istituti di credito e loro clienti, perpetrata mediante l'alterazione del funzionamento dei servizi di *banking on line*, sfruttando un falso messaggio di posta elettronica, con loghi e *link* delle banche contraffatti, i frodatori riuscivano a carpire dai correntisti, indotti in

[1] *http://it.wikipedia.org/wiki/Phishing*

[2] *www.poliziadistato.it*

errore, le credenziali di autenticazione e di accesso ai loro conti, in modo da poter sottrarre le disponibilità finanziarie ivi presenti, mediante l'immissione di ordini di bonifico a favore di terzi, ed all'insaputa degli effettivi titolari".
In particolare le *e-mail* in parola indicavano problemi di funzionamento dei servizi *on line*, o promettevano premi fedeltà *et similia*, e richiedevano un'autenticazione sul sito di *home banking*, al fine di carpire fraudolentemente le informazioni necessarie all'accesso all'area riservata.
Da questa premessa, il messaggio prosegue richiedendo all'utente di confermare i propri dati identificativi, per consentire all'istituto di bloccare qualsiasi ulteriore condotta in suo danno: normalmente si apre una serie di finestre, nelle quali il destinatario andrà a fornire generalità, numero del conto/della carta, *username* fino ai codici dispositivi ed alle *password*, così via. L'ignaro evidentemente è convinto di rivolgersi al proprio istituto, quando invece sta fornendo al c.d. *phisher* proprio gli strumenti necessari ad operare dei prelievi e, nei casi più gravi, addirittura a prosciugare la provvista.
Si tratta di un meccanismo di c.d. *social engineering* – in italiano ingegneria sociale – concetto con cui si intende lo studio del comportamento individuale di una persona al fine di carpire informazioni, in tal caso distorto a fini delittuosi.
Come spiegato in un noto testo, redatto da un Magistrato spesso impegnato nelle indagini per reati informatici , questa tecnica è anche un metodo improprio di c.d. *crittanalisi*, ed è molto utilizzata dagli *hackers* esperti soprattutto nei casi in cui il sistema informatico da attaccare non offre i c.d. *bugs*, ossia errori di programmazione nel *software* che lo vulnerano. Solo la vittima, in altre parole, può fornire i dati grazie ai quali poi l'agente vi si sostituisce. Infatti, si legge ancora nella Annotazione di GdF già citata, «il pirata informatico, invece di attaccare un istituto di credito e quindi affrontare parecchi livelli di sicurezza, ovvero sistemi di rilevazione di effrazione digitale, preferisce attaccare, in massa ed indistintamente, i singoli utenti delle più grandi banche italiane, carpendo la loro buona fede».

Opzioni difensive a disposizione

Le ipotesi formulate, all'indomani dei primi episodi di *phishing* in Italia, sono state svariate posto che, come si è anticipato, non esiste una norma che lo preveda e sanzioni specificamente.
Il legale potrà quindi procedere ad una carrellata, dando conto al suo cliente degli approdi già registrati dalla prassi, onde illustrare le opzioni difensive a seconda di come verrà formulata l'accusa in modo definitivo.
Per far questo ricorrerà ai soliti criteri interpretativi, ossia a dottrina e giurisprudenza.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Dottrina
La dottrina, in particolare, si è dimostrata alquanto prolifica nell'ipotizzare di sussumere la fattispecie sotto l'egida di disposizioni di leggi, anche speciali, in cui la condotta del *phisher* potesse essere ricompresa.

Un primo suggerimento[3] ha individuato nella condotta in analisi, anzitutto, (anche) un'ipotesi ascrivibile all'art. 167, comma 1, D.Lgs. n. 196 del 2003, che come noto punisce, salvo il caso integri più grave reato, chiunque al fine di trarre per sé o altri un profitto, o recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 18, 19, 23, 123, 126, 130 ovvero 129 se dal fatto deriva un nocumento con la reclusione da sei a diciotto mesi, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a 24 mesi, e se il fatto avvenga in violazione delle norme di cui agli artt. 17, 20, 21, 22 comma 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, con la reclusione da uno a tre anni: non vi è dubbio infatti che possa ipotizzarsi il trattamento illecito di dati personali, posto che le credenziali di accesso possono essere qualificate come tali[4].

Un'altra ipotesi interessante[5] riguarda il delitto di falso di cui all'art. 491 *bis* (ossia il falso informatico di un documento pubblico o privato, la cui sanzione penale si riscontra col rinvio alla norma dedicata al cartaceo, quindi nel caso specifico all'art. 485 c.p.), avanzata ma praticamente da subito abbandonata.

«Fra le molte incongruenze, la più seria attiene proprio all'individuazione del concetto stesso di documento informatico, che il legislatore ha ritenuto di dover individuare nel "supporto contenente i dati"» – ha osservato un Autore[6].

Si ricordi in effetti che la norma lo definisce – qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli – [7].

Una terza tesi prende le mosse dalla circostanza che nell'art. 617 *sexies* c.p. (dedicato alla falsificazione, alterazione, soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche) sia venuto meno il riferimento al termine "testo", e la sua sostituzione con quello di "contenuto" della comunicazione confermerebbe che il falso informatico possa ravvisarsi anche laddove manchi "qualcosa di fisico o corporale"[8].

Per tornare invece più specificatamente al *phishing*, v'è un'ulteriore argomentazione, forse più pratica, da tenere presente: sotto il profilo probatorio, le comunicazioni informatiche con cui ha inizio la condotta in esame sono pressoché inutilizzabili, non potendole far rientrare in quella nozione di scrittura privata che, secondo gli atti preparatori alla legge n. 547 del 1993, costituisce l'elemento differenziale tra la falsificazione di documenti suscettibili di produrre

[3] BELLAZZI, *Aspetti legali del phishing*, Milano, Seminario Clusit, 2006.

[4] La tesi ha trovato vari sostenitori: FRATTALONE, «Phishing, fenomenologia e profili penali, dalla nuova frode telematica al cyber-riciclaggio», in *www.globaltrust.it* e BOVINO, «Phishing, aspetti legali» in *www.antiphishing.it.* Questo Autore, in particolare, si sofferma anche sugli aspetti di tutela civilistica accennando all'uso indebito del segno distintivo dell'istituto di credito piuttosto che all'art. 122 del TU Privacy, ritenendolo applicabile anche ai dati, contenuti nei suoi *server*, ottenuti fraudolentemente dal *phisher* da parte del legittimo titolare.

[5] PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, 2006, p. 140.

[6] PICA, «Reati informatici e telematici», in *Dig. dir. pen.*, 2000, pag. 537.

[7] «In realtà – prosegue l'Autore che si stava citando – nello sforzo di trasferire *sic et simpliciter* la disciplina esistente per il falso cartaceo al falso informatico, non ci si è resi conto di una radicale e strutturale differenza tra il documento cartaceo ed il documento elettronico: mentre il primo incorpora e fonde in un unicum fisico non più scindibile, senza danneggiamento o distruzione del documento stesso, il supporto cartaceo ed il testo del documento su di esso scritto, il documento elettronico si colloca anch'esso su un supporto, ma è da esso scindibile in qualsiasi momento, senza che né il contenuto e l'integrità del documento, e quindi il suo significato concettuale, né l'integrità fisica del supporto ne risentano minimamente».

[8] PICOTTI, «L. 23 dicembre 1993 n. 543 (Criminalità informatica) – art. 6», in *Leg. Pen.*, 1996. pag. 123.

situazioni di danno o pericolo per la pubblica fede, e quella incidente su documenti privi di rilevanza probatoria, ipotesi che è del tutto innocua rispetto all'interesse protetto e non giustifica l'applicazione di sanzioni punitive.
Quanto quindi all'ipotizzabilità della contestazione del già cennato art. 617 *sexies* c.p., la si potrebbe riferire alla formazione del contenuto di una comunicazione via *email* (inesistente in quanto falsamente proveniente dall'istituto di credito) nonché il suo successivo utilizzo.
Per una disamina ulteriore della materia si vedano anche:

– Cajani-Castabile-Mazzaraco, Phishing *e furto di identità digitale*, Giuffrè Editore, 2008;
– Cajani, «Profili penali del *phishing*», in *Cass. pen.*, 2007, 6, 664.1;
– Flora, «Il furto di identità», in Costabile (a cura di), *Sicurezza e privacy: dalla carta ai bit*, Esperta Edizioni 2005, pag. 237 ss.
– Ollmann, Gunter, «The Phishing Guide: Understanding and Preventing Phishing Attacks», in *Technical Info*. URL consultato il 10 luglio 2006.

Giurisprudenza

Attualmente il panorama giurisprudenziale prevede varie sentenze, alcune delle quali riguardano anche il prosieguo in appello di una vicenda giudiziaria, ma non si registrano decisioni di legittimità: come si diceva il reato è di recente verificazione in Italia. La scelta della qualificazione giuridica dei fatti – in giurisprudenza – si è rivelata più compatta rispetto alla molteplicità di soluzioni offerte in dottrina.

Tribunale di Monza 7.5.2009, in *Riv. pen*., 2010, 12, 1301
La condotta cosidetta di phishing*, consistente nel "pescare", mediante abusivo inserimento nel sistema informatico di un'istituzione finanziaria o mediante false e-mail dirette ai clienti delle banche o delle poste, i dati significativi dei rapporti di conto corrente intrattenuti dagli stessi, dati che vengono successivamente utilizzati in modo fraudolento per "donare" carte di credito e/o di pagamento o per disporre on line operazioni di trasferimento di denaro su conti correnti nella disponibilità dei criminali con successivo prelevamento di contanti e conseguente sparizione del denaro fraudolentemente sottratto, integra la fattispecie di truffa punita ex art. 640 c.p. e non il delitto di frode informatica di cui all'art. 640* ter *c.p.*

Uff. Indagini preliminari Milano 10.12.2007, in *Foro ambr.,* 2008, 3, 280
Il cd. phishing *consiste nell'illecita intrusione via internet da parte di soggetti su sistemi informatici concernenti servizi* home banking *per utenti titolari di conti correnti bancari, clienti degli istituti di credito e integra, di per sé, i reati di accesso abusivo informatico e falsificazione del contenuto di comunicazioni informatiche di cui agli art. 615 ter e 617* sexies *c.p. Qualora detta attività venga svolta da parte di soggetti operanti in Paesi stranieri, in accordo con soggetti residenti nel territorio dello Stato al fine di realizzare truffe ai danni ai clienti utenti dei predetti sistemi informatici, carpendo le loro generalità ed i codici segreti (user i.d. e password) relativi a detti servizi bancari su internet, mediante l'invio di false e-mails apparentemente spedite da detti istituti di credito, ma in realtà false, essa concreta i reati di associazione a delinquere, con l'aggravante di reato transnazionale, di accesso abusivo informatico e di falsificazione di comunicazioni informatiche.*

Uff. Indagini preliminari Milano 29.10.2008, in *Foro ambr.,* 2008, 4, 406
Nel caso in cui il "financial manager"/ricettatore o riciclatore sia consapevole dell'attività truffaldina del phisher ed assicuri a questi la propria collaborazione nel ricevere bonifici fraudolenti e quindi nel trasferire a terze persone ignote le somme percepite con altri mezzi non bancari quali il "money transfer" internazionale, non v'è dubbio che debba rispondere di concorso nell'attività delittuosa del secondo. Al contrario, nel caso in cui il "financial manager"/ricettatore o riciclatore riceva solo la mera richiesta di farsi accreditare somme su un proprio conto corrente e di trasferire successivamente in altro modo le somme di denaro così

ricevute all'estero e quindi sia inconsapevole del disegno criminoso complessivo, non si può sostenere il concorso doloso nel reato presupposto, ma può ritenersi, sulla base della valutazione degli elementi concreti a lui noti, la sua responsabilità per i reati di riciclaggio e/o ricettazione a titolo di dolo eventuale.

Tribunale di Milano, Gup dott. Pietro Gamacchio, 10.12. 2007- 29.3.2008

Nella fattispecie regolata dall'art. 640 ter *del codice penale, in luogo dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dalla persona offesa, vi è il contenuto patrimoniale dell'operazione dell'elaboratore dei dati, sul quale l'agente è intervenuto: il danno patrimoniale, insomma, deriva alla vittima del reato immediatamente dall'irregolare esito del procedimento di elaborazione dei dati.*

Ciò che manca, dunque, nella fattispecie tipica che ne occupa, è il requisito della induzione in errore di chi è vittima del raggiro, sostituito dall'esito irregolare della elaborazione dei dati, ottenuto dall'agente attraverso la manipolazione del sistema.

Ne consegue che dal punto di vista soggettivo, l'elemento centrale per la costruzione della fattispecie tipica si risolve nella condotta fraudolenta che ha consentito all'agente, quale risultato immediato e diretto, di ottenere l'ingiusto profitto con altrui danno.

Nel delitto di cui all'art. 640 ter *c.p., il sistema telematico ed informatico non viene invero raggirato, non potendo essere a differenza di una persona fisica, essere indotto in errore. Risulta invece come al momento in cui il phisher lancia il proprio attacco, mascherandosi con il riprodurre siti web che costituiscono abituali interlocutori del soggetto passivo, riproduce pedissequamente lo schema del requisito della induzione in errore del soggetto passivo che rappresenta il nodo centrale della fattispecie prevista e punita dall'art. 640 c.p. Evidenti sono infatti gli artifici ed i raggiri posti in essere da chi utilizza una email dove vengono riprodotti colori, marchi ed altre caratteristiche che si rinvengono, nella normalità delle modalità di relazione con l'interlocutore, le cui sembianze l'agente assume.*

Nel caso di specie dunque, l'artificio inteso come manipolazione della realtà, ed il raggiro, inteso come attività volta a far scambiare il falso per il vero, sono dunque contestuali. La truffa si consuma nel momento stesso in cui viene conseguito il profitto della attività criminosa dell'agente, e nel luogo in cui l'agente ha indebitamente conseguito la disponibilità del denaro.

Tribunale di Milano, Gup dott. Simone Luerti, ord. 10.10.2008

L'Associazione Movimento Consumatori, caratterizzata dall'assenza di fini di lucro, prevede nello statuto la tutela specifica di consumatori, e comunque degli interessi diffusi nei consumatori in genere. In particolare, pur portatrice di interessi espressamente definiti diffusi, ha vantato nella presente sede una specifica pretesa civilistica, richiamando anche la normativa di settore, compreso il codice del consumo, e comunque la sussistenza di danni morali, quanto meno in conseguenza del discredito derivante alla propria sfera funzionale. Attesa l'inammissibilità della risarcibilità di interessi diffusi, e la necessità di un nesso di consequenzialità ed immediatezza, nonché di un interesse autonomo ed indifferenziato in capo al Movimento Consumatori rispetto al patrimonio delle persone fisiche offese dal reato, v'è difetto assoluto di specificità e determinazione dell'interesse assunto leso, che non può costituire fondamento dell'azione civile nel processo penale. Va decretata pertanto l'esclusione dell'Associazione predetta dal processo come parte civile.

Nel fenomeno del phishing*, il danneggiato diretto dal reato è e resta solo il correntista, al quale sono state carpite maliziosamente le chiavi di accesso informatico al proprio conto corrente (...). Soltanto l'esistenza di un preciso obbligo contrattuale in capo all'istituto depositario di tenere indenne il cliente da ogni tipo, o quanto meno da questo tipo, di aggressioni alla provvista depositata potrebbe attribuire all'ente la qualità di danneggiato diretto dal reato. Se il ristoro al correntista è mancato, o è avvenuto per ragioni di policy aziendale, e quindi dal punto di vista fenomenico non è direttamente ed eziologicamente collegato alla condotta dell'imputato, o dell'ignoto phisher, quindi si pone al di fuori della concatenazione causale regolata dall'art. 1223 c.c. La circolazione elettronica del denaro, che ne volatilizza sempre di più la tradizionale consistenza materiale, non è ragione sufficiente per pregiudicare la certezza dell'individuazione del luogo in cui il denaro è ricevuto, La ricettazione è un delitto istantaneo ad effetti permanenti, per cui il fatto che in un momento successivo all'accredito il correntista possa prelevare o disporre del denaro in qualsiasi luogo in cui si trovi non incide* sulla determinazione del locus commissi delicti, ovvero quello in cui si trova la filiale bancaria o postale ove *accreditate le somme prelevate da altri fraudolentemente mediante la condotta di* phishing.

Conclusioni

Nel caso di specie, la traccia evidenzia come Tizio ha potuto produrre al Giudice dell'udienza preliminare, che l'ha giudicato in rito abbreviato, molti documenti, non soltanto le *mails* ricevute e a sua volta ritrasmesse, ma anche altri elementi che non sono stati debitamente valorizzati in primo grado.

Un secondo profilo di doglianza attiene alla ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato, tratteggiato in termini di dolo eventuale nella sentenza di condanna, quando al contrario è noto che il riciclaggio, fattispecie di cui l'imputato risponde, è punita a titolo di dolo specifico.

Il terzo elemento attiene alla costituzione di parte civile, e ai profili problematici che essa ha presentato nella vicenda concreta.

Ev pertanto da concludersi a favore di un atto di appello, in cui sviluppare le doglianze appena riassunte.

Non possono essere invece richieste le diminuzioni di pena in ragione rispettivamente dell'attenuante speciale di cui all'art 648 *bis*, III comma c.p. e delle generiche *ex* art. 62 *bis* c.p., perché già concesse dal Giudice di prime cure.

Svolgimento del parere per esteso

La fattispecie che viene ascritta al sig. Tizio è di nuovo conio nel panorama applicativo italiano, è priva di una norma sanzionatoria ad hoc, ma il suo trattamento è finora univoco in giurisprudenza.

Fin dalla primissima decisione in materia[9], infatti, le imputazioni contestate hanno previsto, intanto, l'*associazione a delinquere* di cui all'art. 416 comma I, II e III c.p., per aver gli imputati dato vita ad un'organizzazione stabile per la realizzazione di una serie indeterminata di truffe aggravate, finalizzate all'utilizzo indebito di carte di credito, mediante accessi abusivi ai sistemi informatici di *home banking* di correntisti di Poste italiane e Banca Intesa, avvalendosi di strumentazione tecnica volta a porre in essere furti di identità attraverso la tecnica del *phishing*.

Anche la specifica della condotta, in altri casi giudiziari[10], si è ritagliata sostanzialmente nel contestare i segmenti sotto elencati:

- inviare *e-mail* contenenti messaggi tali da indurre in errore il destinatario sulla provenienza da parte di Poste italiane e Banca Intesa;
- creare siti fasulli, riproducenti fedelmente quello di Poste Italiane e Banca Intesa, da utilizzare quali "esche" per l'acquisizione delle credenziali di *home banking* dei clienti utilizzatori dello specifico servizio;
- utilizzare *e-mail* appositamente aperte, in funzione di collettori delle credenziali fraudolentemente acquisite;
- utilizzare le credenziali fraudolentemente acquisite al fine di trasferire illegittimamente fondi dai conti correnti postali e/o dalle carte *postepay* delle persone offese.

[9] Gup di Milano, dott. Piero Gamacchio, imp. Braditeanu + altri, emessa il 10.12.2007, le cui motivazioni sono state depositate il successivo 29.3.2008.

[10] Da ultimo, Gup di Milano, dott. Enrico Manzi, imp. Jinariu + altri, emessa il 21.3 e depositata il 23.3.2011.

Quindi viene contestata **la truffa**, commessa con più condotte esecutive di un medesimo disegno criminoso, con estensione ad ogni compartecipe di tutti gli episodi di reato fine attribuibili all'associazione, sotto il profilo morale e materiale della partecipazione alla fase istigativa, rafforzativa, ideativa dell'evento criminoso, evidenziata nella gestione comune degli strumenti organizzativi mediante i quali si sono perfezionati i singoli episodi, agendo tutti nei ruoli e con le modalità dettagliatamente specificati nel capo A (sull'associazione a delinquere appunto).

Il capo sulla truffa recita che, anche in tempi diversi, al fine di trarre profitto per sé o per altri, gli imputati hanno ottenuto dalle filiali di Poste Italiane e/o di altri istituti bancari italiani il rilascio e l'attivazione di carte *postepay*, e/o altre carte ricaricabili e/o di conti bancoposta a favore di soggetti che, previo accordo tra loro su tempi e luoghi ove effettuare le specifiche richieste, si presentavano agli sportelli già con l'intento di metterle subito a disposizione, previo corrispettivo variabile (precisamente una percentuale in denaro sulle somme che di volta in volta i soggetti erano chiamati a prelevare agli sportelli) per la realizzazione dei reati dell'associazione, il tutto in danno degli istituti di credito nonché del singolo correntista, quale soggetto ordinante o ricaricante, ma vittime del *phishing,* posto che le loro credenziali del servizio *home banking* venivano indebitamente utilizzate con disposizioni di denaro verso le carte acquistate dai membri dell'associazione.

Contestate parimenti di frequente l'aggravante della connessione teleologica e del danno patrimoniale di rilevante gravità (non solo per il correntista,privato delle somme depositate sul proprio conto personale, ma anche per gli istituti di credito in relazione al numero di filiali coinvolte, agli investimenti posti in essere sul fronte della prevenzione delle frodi e tenuto conto che la disponibilità di carte ricaricabili crea nel possessore la possibilità di fruire di servizi connessi all'esistenza del rapporto in questione, con correlativo danno patrimoniale per l'istituto emittente di aver instaurato detto rapporto con un soggetto che, per il fatto stesso di aver fatto ricorso ad artifici e raggiri, non può fornire la minima garanzia di affidabilità.

In un terzo capo di imputazione, viene normalmente ascritta la violazione dell'art. 615 *ter* c.p. perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, anche in tempi diversi, al fine di trarre profitto per sé e per altri, indebitamente hanno fatto accesso al sistema informatico, contro il consenso del correntista titolare, vittima di *phishing* (avendone preventivamente acquisito le credenziali d'accesso) al fine di commettere il reato di cui al capo che segue.

L'ultima imputazione è una contestazione che nel tempo è mutata, grazie alle evoluzioni normative nel frattempo registratesi nel panorama italiano.

Dapprima si è ravvisata infatti la fattispecie di cui all'art. 12 legge n. 197/1991, per l'utilizzo indebito delle carte *postepay* di cui al capo che precede, effettuato al fine di trasferire le somme ivi depositate su quelle in uso alla associazione e prelevarne i relativi importi. Analoga contestazione viene elevata per le carte emesse da istituti bancari.

Successivamente l'Accusa ha iniziato a contestare il delitto previsto dall'art. 55, comma 9, D.lgs. n. 231/2007 perché i *phishers*, in concorso tra loro, con più condotte esecutive di un medesimo disegno criminoso, anche in tempi diversi, al fine di trarre profitto per sé o altri, dopo aver acquisito i codici dispositivi sui conti e/o sulle carte *postepay* o ricaricabili delle parte lese, hanno:

– trasferito, utilizzando indebitamente i relativi codici, le somme prelevate su carte *postepay*, o carte ricaricabili, a disposizione dell'associazione, con operazioni finanziarie destinate a persone che
– successivamente hanno utilizzato indebitamente le suddette carte per porre all'incasso i relativi importi a mezzo di prelievi ATM o presso le casse delle filiali degli istituti di credito.

Da notare che in questi processi viene quasi sempre contestata l'aggravante del reato transnazionale (art. 4 legge 16.3.2006 n. 146) ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 comma 1, lett. b, legge cit., dal momento che trattasi di reato commesso in Italia ma avente una parte sostanziale della sua preparazione e pianificazione all'estero.
Per crimine transnazionale, *per incidens*, si intende una categoria di reato, introdotta nell'ordinamento giuridico italiano dalla ratifica della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato, adottati dall'Assemblea generale il 15.11.2000 ed il 31.5.2001, quando il fatto sia:

– punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni;
– vi sia coinvolto un gruppo criminale organizzato;
– sia commesso in più di uno Stato, ovvero in un solo Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato, ovvero sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato ed infine
– sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro.

La norma assolve quindi ad un notevole sforzo definitorio e identifica il reato transnazionale mediante il ricorso al triplo criterio: quello edittale, quello personale, ossia il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, e quello territoriale, ove quindi sussista il collegamento con uno o più stati esteri, così innovando all'art. 6 c.p.
Il sistema dell'*home banking* italiano non consente bonifici verso l'estero se non a seguito di specifici controlli, che farebbero venire in luce la truffa: l'associazione a delinquere dei *phishers*, che ha quasi sempre origine e basi all'estero, ha la necessità, per portare a termine i prelievi, dell'appoggio di complici, per lo più italiani o comunque qui residenti i quali hanno il compito preciso di attivare le carte *postepay* (strumenti di pagamento/prelievo abilitati ad operare sia sul circuito Postamat che sul Visa Electron), usate per i trasferimenti da carta a carta, o addirittura i conti correnti su cui far approdare la somma "frodata", i quali hanno poi il compito di re-indirizzarla altrove, a favore degli imputati.
Il *phisher*, la cui condotta è stata fin qui esaminata, una volta carpite le credenziali informatiche del correntista, ha senza dubbio bisogno di trovare un "complice" il quale consenta di ritrasferire, in maniera non sospetta, le somme prelevate illecitamente e far(gli)ele recapitare, nella quasi totalità dei casi affrontati dalla prassi, all'estero.
Il *phisher* abbisogna quindi di soggetti il cui compito sarà quello di fornire un proprio conto corrente italiano, preferibilmente sullo stesso circuito bancario di quello della vittima del *phishing*, ricevere i denari a quella frodati e poi, una volta avvisati tramite *sms* o ulteriore messaggio *mail*, prelevarli ed ulteriormente inoltrarli, di solito tramite servizi di *money transfer*.
Il primo contatto, solitamente in inglese, avviene mediante la tecnica del c.d. *spamming*, ossia con invio massivo di mail in cui si offre una percentuale dell'importo della transazione. Una

delle tecniche di indagine utilizzate a Milano, per esempio, è il ricorso all'ordine di esibizione, presso i gestori dei servizi di posta elettronica, dei messaggi aventi detto contenuto e la successiva adozione di un decreto di sospensione dell'inoltro o, quanto meno, di filtraggio mediante metodi euristici e baynesiani, onde per lo meno il destinatario finale li riceva nella cartella *spam*.

La condotta di chi, come il signor Tizio che oggi chiede un parere, si metta a disposizione come intermediario ove transitino delle somme e trattenga poi una quota degli accrediti, è stata qualificata come riciclaggio o ricettazione, a seconda dei casi, e la competenza territoriale individuata in base alla città dove aperto il conto corrente su cui ha consentito il temporaneo arrivo alle somme trafugate alle vittime.

In un primo momento si è visto contestare l'art. 615 *ter* comma 1 e 3 c.p., ma l'ipotesi è stata subito riqualificata come riciclaggio o ricettazione.

In questi processi è molto frequente l'imputazione c.d. alternativa: si contesta sia il reato ex art. 648 sia quello ex art. 648 *bis* comma 1 e 3 c.p. per aver compiuto, con più atti esecutivi di uno stesso disegno criminoso (art. 81 cpv c.p.) e nella piena consapevolezza della provenienza illecita, o comunque accettandone il rischio, attesa la natura dell'operazione complessivamente richiesta (attivandosi senza tuttavia concorrere nel reato presupposto) per aprire conti correnti, o per consentire di utilizzare il proprio, ove potevano confluire bonifici *on line* disposti in frode agli inconsapevoli ordinanti, che venivano poi posti all'incasso e successivamente trasferiti all'estero tramite operazioni Western Union o Money Gram.

Una contestazione ricorrente è infatti che: «l'operazione economica posta in essere evidenzia aspetti di indubbia anomalia in relazione al bonifico proveniente da – , in ragione della provenienza italiana dei fondi e della sua assoluta estraneità ai circuiti di pagamento estero su estero (...) la condotta del *financial manager*, pertanto, rientra nella nozione di trasferimento di risorse provenienti da un'attività illecita da parte di un soggetto estraneo alla commissione del reato presupposto, così come prevista e punita dall'art. 648 *bis* c.p.»[11] e questa, con la ricettazione, è rimasta l'ipotesi ascritta in tutte le indagini e le udienze di cui si abbia notizia[12].

È molto frequente che il c.d. *financial manager* si difenda assumendo la propria buona fede: al fine di valutare la sua responsabilità penale è infatti necessario verificare se l'adesione al programma delittuoso, ordito dai *phisher*, sia stato dolosamente condiviso, oppure se esistano elementi da cui argomentare che il soggetto – senza alcuna coscienza e volontà e senza neppure accettare il rischio dell'evento – abbia soltanto "abboccato" a sua volta ai raggiri del sedicente datore di lavoro.

A tal fine è opportuno verificare se si disponga ancora delle mail con cui contattato e, *ad adiuvandum*, se sia producibile all'Autorità giudiziaria qualche altra pezza documentale, a riprova della apparente solidità della società che sta offrendo l'incarico.

Quanto più la corrispondenza mostrerà contenuti, tanto maggiore sarà la possibilità che il f.m. appaia non solo all'oscuro dell'obiettivo illecito del suo dante causa, ma altresì privo di appigli anche soltanto per dubitare della legittimità dell'operazione delegatagli.

---

[11] G.u.p. Tribunale di Milano, ord. 14.10.2005, est. D'Arcangelo, citata in CAJANI, *op. cit.,* nota 33.

[12] G.u.p. Tribunale di Milano, est. Luerti, tuttora in dibattimento avanti alla Sez. VIII^ penale collegiale.

Traccia per la redazione di atto di appello

(segue da traccia precedente)
Come si è visto già dalla traccia del parere, Tizio giunge allo studio del legale quando ormai è già stato condannato in primo grado.
I termini per l'impugnazione stanno ancora decorrendo, per cui l'avvocato può apprestare ogni difesa in un apposito atto, di appello in questo caso, nel quale far valere le doglianze. In punto di diritto processuale, la traccia aggiunge che nel dibattimento di primo grado si è costituita parte civile un'associazione che tutela genericamente i consumatori. Su tale questione il legale appunta i suoi primi approfondimenti.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

L'integrazione del reato di truffa non implica la necessaria identità fra la persona indotta in errore e la persona offesa, cioè il titolare dell'interesse patrimoniale leso che subisce le conseguenze patrimoniali dell'azione truffaldina, ben potendo la condotta fraudolenta essere indirizzata a un soggetto diverso dal titolare del patrimonio, sempre che ovviamente sussista il rapporto causale tra l'induzione in errore e gli elementi del profitto e del danno. Poiché, quindi, il soggetto passivo del reato, o persona offesa dal reato, è colui che subisce le conseguenze patrimoniali dell'azione truffaldina, quando non vi sia coincidenza tra tale soggetto e la persona ingannata, la querela proposta solo da quest'ultima è priva di ogni effetto.

Norme da considerare nella redazione dell'atto

Art. 74 c.p. – Legittimazione all'azione civile.
1. L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale [76; 10 min.] dal soggetto al quale il reato ha recato danno [212 coord.] ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato [60] e del responsabile civile [83 s.] (1).

Art. 75 c.p. – Rapporti tra azione civile e azione penale.
1. L'azione civile proposta davanti al giudice civile può essere trasferita nel processo penale fino a quando in sede civile non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato [324 c.p.c.]. L'esercizio di tale facoltà comporta rinuncia agli atti del giudizio [306 c.p.c.]; il giudice penale provvede anche sulle spese del procedimento civile [541].
2. L'azione civile prosegue in sede civile [652; 211 coord.] se non è trasferita nel processo penale o è stata iniziata quando non è più ammessa la costituzione di parte civile [79].
3. Se l'azione è proposta in sede civile nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale [76, 82^2] o dopo la sentenza penale di primo grado, il processo civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione, salve le eccezioni previste dalla legge [71^6, 88^3, 441^4, 444^2] (1) (2).

(1) La Corte cost., con sentenza 22 ottobre 1996, n. 354 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma «nella parte in cui non prevede che la disciplina ivi contenuta non trovi applicazione nel caso di accertato impedimento fisico permanente che non permetta all'imputato di comparire all'udienza, ove questi non consenta che il dibattimento prosegua in sua assenza».
(2) In deroga al presente comma, nei procedimenti a carico delle alte cariche dello Stato, vedi l'art. 1, comma 6, della legge 23 luglio 2008, n. 124.

Art. 76 c.p. – Costituzione di parte civile.
1. L'azione civile nel processo penale è esercitata [74], anche a mezzo di procuratore speciale [122], mediante la costituzione di parte civile [244[1c] trans.] (1).
2. La costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo [441[2], 444[2]; 23 att.].

Art. 90 c.p. – Diritti e facoltà della persona offesa dal reato.
1. La persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge [101, 336, 341, 360, 367, 369, 394, 398, 401, 408-410, 413, 419, 429, 451, 456, 572], in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova [33 att.; 244[1c] trans.].
2. La persona offesa minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata esercita le facoltà e i diritti a essa attribuiti a mezzo dei soggetti indicati negli articoli 120 e 121 del codice penale.
3. Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti [307[4] c.p.] di essa (1).

(1) Per il procedimento davanti al giudice di pace v. gli artt. 21 e 28 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Art. 91 c.p. – Diritti e facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.
1. Gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato [90, 505, 511; 212 coord.] (1).

(1) A norma dell'art. 187-undecies[1] d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 la Consob esercita, nei procedimenti per i reati di cui agli artt. 184 e 185 del medesimo decreto legislativo, i diritti e le facoltà attribuiti dal codice agli enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. A norma dell'art. 7 l. 20 luglio 2004, n. 189, in tema di maltrattamento di animali «le associazioni e gli enti di cui all'articolo 19-quater delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale perseguono finalità di tutela degli interessi lesi dai reati previsti dalla presente legge». V. inoltre sub art. 74.

Art. 93 c.p. – Intervento degli enti o delle associazioni.
1. Per l'esercizio dei diritti e delle facoltà previsti dall'articolo 91 l'ente o l'associazione presenta all'autorità procedente un atto di intervento che contiene a pena di inammissibilità:
a) le indicazioni relative alla denominazione dell'ente o dell'associazione, alla sede, alle disposizioni che riconoscono le finalità di tutela degli interessi lesi, alle generalità del legale rappresentante;
b) l'indicazione del procedimento;
c) il nome e il cognome del difensore e l'indicazione della procura [100, 101];
d) l'esposizione sommaria delle ragioni che giustificano l'intervento;
e) la sottoscrizione [110] del difensore.
2. Unitamente all'atto di intervento sono presentate la dichiarazione di consenso della persona offesa [92] e la procura al difensore se questa è stata conferita nelle forme previste dall'articolo 100, comma 1.
3. Se è presentato fuori udienza, l'atto di intervento deve essere notificato [152] alle parti e produce effetto dal giorno dell'ultima notificazione.
4. L'intervento produce i suoi effetti in ogni stato e grado del procedimento.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni di approfondire

L'accoglimento pressoché plebiscitario della c.d. teoria della tripartizione del reato suggerisce di affrontare un atto di impugnazione sempre secondo lo schema classico, avendo riguardo per la condotta (o elemento oggettivo), il dolo (o elemento soggettivo), e l'evento, oltre ovviamente all'approfondimento del nesso di causalità.

Gli elementi di fatto suggeriti dalla traccia

La traccia evidenzia come Tizio si ritenga "in buona fede", ossia abbia agito nella convinzione, erronea, di commettere un atto lecito, nella specie addirittura una attività lavorativa.

Individuazione della fattispecie di rilievo

La sua difesa quindi va improntata anzitutto sotto un profilo di ricostruzione dell'elemento soggettivo preteso dalla norma ascrittagli, e quindi nella doglianza che di esso si ravvisino gli estremi nella vicenda. Gioveranno in questo senso accenni vari tesi a valorizzare gli elementi di fatto, presenti nel fascicolo dibattimentale, dai quali trarre indizi della inconsapevolezza, in capo a Tizio, della illiceità della condotta altrui presupposta, nonché dell'apparenza di legittimità sia del comportamento che gli si è richiesto, sia di quello obiettivamente tenuto.

Opzioni difensive a disposizione

Quando il mandato difensivo viene conferito al fine di valutare una impugnazione, come un appello nel caso di specie, le opzioni difensive sono ormai ridotte, perché il legale dovrà attenersi al compendio probatorio già in atti, eventualmente tentando istanze di rinnovazione istruttoria laddove trovi spazio per motivarle.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere. Schema dell'atto

Vengono qui in rilievo, oltre alla massime già ricodate, e a quelle di presso enunciate, anche: Cass., sez. II, 12.11.2010, n. 44929, M. in *Guida al diritto 2011, 7, 104*; sez. II, 21.2.2008, n. 10085, M. in *CED Cass. pen. 2008, rv 239508.* In senso conforme: Cass., sez. II, 14.3.2007 n. 12969.

Trib. Palermo 25.1.2007, n. 3331 in *Guida al diritto* 2007, 23, 72
Il delitto di truffa non esige l'identità tra la persona offesa dal reato e quella indotta in errore: tale reato sussiste quindi, pur in mancanza di tale identità, sempre che gli effetti dell'inganno, nonché della condotta dell'ingannato, si riversino sul patrimonio del danneggiato.

Cassazione pen., sez. II, 12.11.2010, n. 44929*,* M., in *Guida al diritto* 2011, 7, 104
L'integrazione del reato di truffa non implica la necessaria identità fra la persona indotta in errore e la persona offesa, cioè il titolare dell'interesse patrimoniale leso che subisce le conseguenze patrimoniali dell'azione truffaldina, ben potendo la condotta fraudolenta essere indirizzata a un soggetto diverso dal titolare del patrimonio, sempre che ovviamente sussista il rapporto causale tra l'induzione in errore e gli elementi del profitto e del danno. Poiché, quindi, il soggetto passivo del reato, o persona offesa dal reato, è colui che subisce le conseguenze patrimoniali dell'azione truffaldina, quando non vi sia coincidenza tra tale soggetto e la persona ingannata, la querela proposta solo da quest'ultima è priva di ogni effetto.

Tribunale di Palermo 25.1.2007, n. 3331, in *Guida al diritto* 2007, 23, 72
Il delitto di truffa non esige l'identità tra la persona offesa dal reato e quella indotta in errore: tale reato sussiste quindi, pur in mancanza di tale identità, sempre che gli effetti dell'inganno, nonché della condotta dell'ingannato, si riversino sul patrimonio del danneggiato.

Schema dell'atto

(traccia ispirata a casi giudiziari già decisi, in particolare Corte appello Palermo 19.10.2010)

Svolgimento dell'atto per esteso

All'Ecc.ma Corte di Appello di <.....>

Nell'interesse di Tizio, nato a <.....> e domiciliato elettivamente presso lo studio dell'avv. <.....>, imputato dei delitti p. e p. da:
A) – art. 416 c.p., perché si accordava con Caio, Sempronio ed altri soggetti allo stato non identificati, residenti ed operanti in Romania, allo scopo di commettere una serie indeterminata di delitti, segnatamente truffe in danno di correntisti bancari e postali, prelevando a loro insaputa notevoli somme di denaro, facendole bonificare sui conti dei complici, c.d. financial managers, che operavano come meglio descritto al capo che segue
B) – Art. 110, 81 cpv cp, 648, 648 *bis* c.p. perché, con più atti successivi esecutivi di un medesimo disegno criminoso e senza essere concorso nel reato presupposto, nella piena consapevolezza della provenienza illecita o comunque accettandone il rischio (attesa la natura dell'operazione complessivamente richiesta, con proposte di collaborazione, quasi sempre in lingua straniera o comunque in italiano palesemente non corretto, provenienti dalla rete internet tramite *email*, contatti in *chat* o messaggi allocati su pagine *web)*, e la prospettazione di facili guadagni in relazione alla semplice attività richiesta ai c.d. *financial manager*, consistente nel mettere a disposizione di fantomatiche società estere, o di altri soggetti, il proprio conto corrente, spesso creato *ad hoc* anche al fine di tenerlo separato dal conto corrente ad uso strettamente personale, ad ulteriore riprova dell'esistenza del dolo in capo all'indagato, ed utilizzato per porre in essere il presupposto fattuale della contestata attività illecita, dal momento che su di esso venivano fatti accreditare da soggetti terzi bonifici *on line* disposti in frode agli inconsapevoli ordinanti, poneva all'incasso e successivamente trasferiva all'estero, tramite operazioni Western Union e/o Money Gram, somme di denaro tutte provenienti dai delitti p. e p. dagli artt. 110, 81, 494, 640, 615 ter c.p. (c.d. *phishing* a danno di correntisti di importanti istituti di credito italiani) in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa.
L'imputato ha optato per il rito abbreviato, e le parti civili, costituitesi in udienza preliminare, hanno depositato le loro conclusioni.
All'esito delle discussioni, l'imputato è stato condannato alla pena di cui al dispositivo, alle spese processuali ed al risarcimento del danno.
La sentenza merita di essere riformata per i seguenti

motivi

Primo motivo: mancata assoluzione, quanto meno con la formula di cui all'art. 530 comma 2 c.p.p., per non aver commesso il fatto.
Secondo motivo: violazione di legge in ordine alla sufficienza del dolo eventuale sulla fattispecie contestata di ricettazione o riciclaggio.
Terzo motivo: carenza di legittimazione in capo a Poste Italiane SpA, sia Movimento Consumatori e violazione di legge dalla mancata esclusione come parti civili.

Primo motivo: mancata assoluzione, quanto meno con la formula di cui all'art. 530 comma 2 c.p.p., per non aver commesso il fatto.
La sentenza del primo Giudice, operata una compiuta ricostruzione del fenomeno delle truffe informatiche e del c.d. *phishing*, per la cui disamina si rinvia alla sentenza di primo grado,

ha concluso nel senso che gli imputati avevano ricevuto somme di denaro di delittuosa provenienza sul conto corrente intestato ad <.....>, ma gestito dal padre <.....> somme di denaro, in particolare provenienti dal prelievo indebito e dall'indebita appropriazione, grazie ad artifizi informatici, dal conto della p.o., e di seguito trasferite dagli imputati a cittadini russi mediante bonifici, previa trattenuta sul loro conto, di una provvigione pari all'8% degli importi dei bonifici di volta in volta compiuti.
In siffatti trasferimenti della valuta all'estero si sarebbe quindi concretata, a parere dell'accusa, la sostituzione del denaro rilevante ai fini della sussistenza della condotta tipica del reato di riciclaggio, altresì, secondo il primo Giudice, sorretta da dolo eventuale.
A provare tale elemento soggettivo, a parere del GUP, rilevavano:1) l'obiettiva natura della prestazione di c.d. lavoro richiesta dalla presunta società datrice di lavoro, ossia la creazione di un ufficio domestico (computer, internet, e-mail) meramente destinato al trasferimento di denaro; 2) le condizioni dell'offerta e la stessa stesura del contratto stipulato con <.....>, redatto con grossolani errori grammaticali, e caratterizzato dall'utilizzo di improbabili termini giuridici, (es. in materia di presunte esenzioni fiscali; 3) la richiesta di eseguire tutte le transazioni in uscita dal conto presso la Western Union con operazioni a titolo esclusivamente privato e mai societario o commerciale; 4) l'invio di documentazione della camera di commercio spagnola recante la menzione, quale capo del personale, di un soggetto dedito a studi nel settore medico, a dispetto dell'oggetto e degli scopi sociali della <.....>, che risultava registrata a Madrid come una società di vendita di auto.
Dunque, a parere del GUP, «poteva e doveva inoltre essere immediatamente rilevato dalle condizioni contrattuali che non esisteva alcuna prestazione lavorativa richiesta all'imputato, ma il vero scopo della società proponente era quello di acquisire la disponibilità del conto intestato a <.....> e sul quale operava il padre (v. le ricevute dei trasferimenti di somme effettuati in favore dei soggetti russi che indicano come mittente <.....>). Gli imputati pertanto non avrebbero dovuto attendere il terzo accredito da parte della società spagnola per porre fine all'illecita operazione, ma avrebbero dovuto immediatamente recedere dal contratto».
In definitiva, si assume accertato che gli imputati (a nome del quale erano stati effettuati i trasferimenti sui conti dei soggetti russi) avevano accettato il rischio che la propria condotta potesse ostacolare l'accertamento di quella provenienza da reato delle somme, di cui si erano rappresentati la seria possibilità.
Le risultanze del processo depongono invece per la totale innocenza dell'appellante, che deve quindi proporre rituale e tempestiva impugnazione avverso detta sentenza ove chiede anzi tutto l'assoluzione per non avere commesso il fatto.
Il nucleo centrale della presente doglianza si fonda sulla dedotta circostanza che proprio la manovra fraudolenta del *phishing*, oltre a presupporre la presenza di un prelievo truffaldino e non autorizzato di denaro dal conto della p.o. , postula la collaborazione, carpita con inganno, di un soggetto ingenuo, ignaro della complessità della manovra fraudolenta e abbindolato "in rete" con la prospettiva di offerte di lavoro e di opportunità di guadagno. Proprio di tale ingenuità è permeata la condotta degli imputati, la cui assoluta buona fede era dimostrata dal fatto che solo la loro denunzia era stata il motore propulsivo del procedimento penale.
In definitiva, gli imputati, dopo avere compreso di essere stati abbindolati, hanno redatto una denunzia, la cui tempistica era compatibile con l'acquisizione *a posteriori* rispetto ai primi

bonifici, della consapevolezza di essere rimasti, loro malgrado, vittime, e ad un tempo collaboratori ignari, di un possibile reato, ed era altresì compatibile con la raccolta ordinata e ragionata della documentazione necessaria a supportare il proprio assunto, da trasfondere appunto nella denunzia.
La denunzia era stata presentata il 29.11.2007, e pertanto dopo che era decorso il tempo meramente strumentale alla formulazione della corposa e documentata denunzia.
In definitiva la condotta era stata interrotta dagli stessi imputati che hanno bloccato il terzo bonifico.
La loro originaria buona fede è stata carpita grazie alla prospettazione di una offerta lavorativa che presentava, all'apparenza, i necessari caratteri di serietà, come dimostrato dal fatto che la società estera aveva abilmente preteso l'invio di documenti dal lavoratore, della sua carta di identità e della sua foto, con richieste formulate con un lessico consono alle comunicazioni informatiche, intessute di errori di digitazione, di "scannerizzazione" e di traduzione da lingue diverse.
Esattamente ciò è accaduto per la proposta redatta in lingua spagnola e proveniente dalla sedicente società iberica.
Inoltre, la società aveva rassicurato circa l'utilizzo di un canale legale per il transito all'estero del denaro, cioè la Western union, e gli stessi imputati hanno mostrato di credere a tal punto alla prospettiva di un lavoro, da richiedere informazioni su un corso di formazione a Madrid.
Infine, lo stesso legale rappresentante, seppur indicato come medico, come sottolineato dal Gup, era risultato effettivamente membro della camera di commercio spagnola grazie alle attestazioni documentali trasmesse agli imputati dalla Spagna.
A tutte tali rassicurazioni si erano accompagnate, infine, le pressanti richieste della società a non indugiare nei trasferimenti del denaro, a compiere immediatamente le transazioni, inducendo anche soggezioni psicologiche con la prospettazione di ipotesi di decadenza dalla offerta lavorativa e dai benefici proposti.

Secondo motivo: violazione di legge in ordine alla sufficienza del dolo eventuale sulla fattispecie contestata di ricettazione o riciclaggio.
Si legge in sentenza come gli imputati abbiano sostanzialmente accettato il rischio del verificarsi dell'evento di sostituzione e di ripulitura di denaro di illecita provenienza, secondo un modulo di volontà rilevante sul piano penale, alla stregua dello schema tipico del dolo eventuale.
Afferma infatti il Gup la sufficienza di tale dolo ad integrare l'elemento soggettivo tipico della fattispecie contestata, costituito da mero dolo generico, non ponendo in debita evidenza come il capo di imputazione, per cui è intervenuta condanna, contesti anche la ricettazione, per la cui sussistenza è invece necessario il dolo specifico, incompatibile a sua volta con il dolo eventuale.
La censura difensiva avverso il capo della sentenza relativo all'accertamento del dolo eventuale postula un breve richiamo alla struttura tipica di tale elemento psicologico del reato.
Ev pur vero che la Giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite (cfr. sent. n. 12433/09) l'ha ritenuto compatibile anche con il delitto di ricettazione, ma altrettanto incontrovertibile che il tema sia tuttora molto controverso, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sia per la prossimità strutturale dei due reati di ricettazione e riciclaggio, e anzi per la quasi genetica derivazione e specificazione del secondo dal primo.

Le premesse possono anche essere condivise, ma i distinguo sono doverosi.
La S.C. afferma come non vi sia ragione alcuna per escludere che la nozione del dolo eventuale possa riguardare anche i presupposti del reato e non solo l'evento.
Infatti, l'elemento psicologico del reato investe sia una componente in senso proprio volitiva, sia una componente rappresentativa, esso quindi involge il fatto nel suo complesso, ossia gli effetti della condotta e gli altri elementi della fattispecie. Dunque, non c'è ragione di distinguere il caso in cui il dubbio cade sulla verificazione dell'evento, che viene accettato (appunto con c.d. dolo eventuale) da quello in cui il c.d. dubbio cade su un presupposto.
Pertanto, può dirsi che ci si trova in presenza di un dolo eventuale quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile (non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi.
Pertanto, l'atteggiamento psicologico nel quale si fa consistere il dolo eventuale ben può riguardare i presupposti del reato, anche se si tratta di un atteggiamento che in questo caso si riferisce a una situazione già esistente al momento dell'azione, mentre quando esso ha ad oggetto l'evento si riferisce a una situazione futura, che potrà derivare dalla condotta dell'agente.
Appare poi evidente come il riconoscimento giurisprudenziale della possibile inerenza del dolo eventuale al presupposto del reato, si comunichi anche al delitto di riciclaggio, che, come la ricettazione, postula la ricezione di un bene provento di delitto.
Quindi, anche nel riciclaggio, l'elemento rappresentativo dell'agente deve investire in primo luogo la provenienza da delitto non colposo dell'oggetto ricevuto (beni, denaro, o altre utilità), e inoltre esso deve progredire fino a comprendere la consapevolezza e volontà della condotta specializzante tale fattispecie, ossia la sostituzione, il trasferimento, in senso lato "la ripulitura".
Ma la stessa S.C. pertanto, dopo avere riconosciuto che il dolo eventuale può investire anche la rappresentazione soggettiva della provenienza da delitto del bene ricevuto nella ricettazione, ha tenuto a precisare le caratteristiche e gli elementi di accertamento di siffatto elemento psicologico, «posto che lo stesso non può desumersi da semplici motivi di sospetto e non può consistere in un mero sospetto», costituenti piuttosto gli elementi costitutivi della contravvenzione di incauto acquisto.
Testualmente afferma quindi la S.C. che: «Occorrono per la ricettazione circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché un ragionevole convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato il rischio della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di dati di fatto inequivoci, che rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza. In termini soggettivi ciò vuol dire che il dolo eventuale nella ricettazione richiede un atteggiamento psicologico che, pur non attingendo il livello della certezza, si colloca su un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, configurandosi in termini di rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto».
Insomma perché possa ravvisarsi il dolo eventuale si richiede più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l'agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse; è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità

di commettere una ricettazione, e il non agire, perciò, richiamando un criterio elaborato in dottrina per descrivere il dolo eventuale, può ragionevolmente concludersi che questo rispetto alla ricettazione è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza.

Come si vede, si tratta di criteri e di linee-guida utilizzabili dall'interprete anche per l'accertamento dell'elemento soggettivo del delitto di riciclaggio, ossia per la verifica della rappresentazione soggettiva della provenienza da delitto del bene oggetto della condotta in senso lato di "ripulitura", e pertanto direttamente applicabili nel caso di specie.

Orbene, con riferimento al caso in esame, tutte le risultanze processuali sono idonee a manifestare la prova della inconsapevolezza in capo all'agente della seria e concreta possibilità di provenienza da delitto del denaro transitato sul conto corrente e poi trasferito all'estero, molto al di sotto persino di un mero sospetto circa una tale origine.

Anzitutto sono frequentissime le ipotesi, nella realtà di tutti i giorni, che un'attività di lavoro, reale e legittima, venga pagata a provvigioni, che anzi rappresenta la regola nell' intermediazione e nel procacciamento di affari.

Nel caso di specie tutt'altro che elevato si palesa l'importo stabilito a provvigione, che doveva coprire anche i costi di transito di denaro, indicato come l'oggetto di una transazione commerciale precedente.

Il fatto che l'imputato non avesse concorso a procurare, favorendo contatti commerciali, continua a non rilevare in quanto non era questo l'oggetto del contratto. Se diversamente la società "dante causa" avesse stipulato con lui un accordo per cui gli riconosceva provvigioni per la sua intermediazione, e poi gli avesse corrisposto percentuali anche in assenza di tale servigio, allora un aspetto di dubbio o sospetto potrebbe essergli addebitato, ma così, per l'appunto, non è.

Non si comprende, se non con la formulazione di un sillogismo, inidoneo a fondare l'ipotesi, come potesse essere sospettata poi una provenienza delittuosa del denaro.

Il bonifico appariva pervenuto proprio dai soggetti indicati dalla società dante causa come propri clienti e per gli importi preannunciati, era accompagnato da idonea corrispondenza tra le parti (di cui gli imputati non potevano immaginare la falsità e che al contrario non sarebbe stata affatto necessaria qualora gli stessi fossero davvero stati conniventi coi *phishers*).

La ragione per la quale la società non potesse eseguire direttamente la rimessa all'estero della valuta, che asseriva provenire da suoi clienti, e per quale dovesse far transitare il denaro da un conto riferibile a soggetto del tutto estraneo alla sua compagine sociale o al suo gruppo di dipendenti era stata indicata negli alti costi dei bonifici sull'estero e nello scarto di tempo necessario all'accredito, ovviabile invece secondo il metodo prospettato e contestualizzato nelle clausole contrattuali.

Ev dimostrato come, malgrado le rassicurazioni pervenute dalla società dante causa, gli imputati abbiano compiuto delle verifiche personali sia sulla sua esistenza, sia sull'iscrizione alla camera di commercio, riscontrando ambedue le circostanze nonché la coincidenza tra il legale rappresentante a loro indicato e quello risultante negli atti dei pubblici registri.

Questi elementi depongono esattamente per escludere ogni consapevolezza della concreta e seria possibilità di porre in essere una condotta di riciclaggio rilevante in senso penalistico, o persino l'accettazione di tale rischio.

A dimostrazione ulteriore di tale assunto difensivo si veda come il blocco dell'ultima transazione abbia rappresentato immediatamente motivo della presentazione della denunzia.
Consegue quindi la conferma circa l'insussistenza della prova degli elementi costitutivi della fattispecie contestata, la cui condotta è palesemente integrata dalla ripulitura del denaro c.d. sporco (proveniente da prelievo fraudolento) mediante il passaggio su un conto "pulito" di un privato insospettabile ed il trasferimento di buona parte delle somme all'estero.
Proprio nella messa a disposizione consapevole e volontaria a tale scopo del proprio conto corrente si sostanzia poi l'ennesimo elemento da cui trarre la buona fede dell'appellante che ha ammesso la sua consapevolezza dell'uso del proprio conto al fine del transito della valuta, della ricezione dei bonifici e del trasferimento all'estero del denaro, ma ha contestato la coscienza della loro provenienza delittuosa e la volontà di concorrere nel reato o peggio di realizzare l'evento preso di mira dai *phishers*.
Va quindi riformato il capo di condanna degli imputati.

Terzo motivo: mancata esclusione della parte civile, intesa per essa sia l'istituto di credito ove acceso il conto dell'appellante, e transitate le somme, sia il Movimento Consumatori.
A prescindere dalle eccezioni formali sul confezionamento dell'atto, spaziatesi tra la violazione dell'art. 122 c.p.p. per mancata allegazione dei verbali di assemblea che hanno conferito la procura speciale al legale rappresentante, alla co-presenza di due procuratori/difensori contemporanei e per giunta autenticatori della sottoscrizione (ambedue rigettate), va rimarcato lo iato tra natura di persona offesa e, nell'un caso, di titolare di interessi diffusi, e nell'altro di danneggiato dal reato.
In linea teorica, pertanto, sotto il primo profilo «Ev necessario enucleare un interesse personale e differenziato, direttamente danneggiato dal reato, ed il danno risarcibile deve dunque discendere direttamente solo dall'offesa al bene specifico individuato, distinto dunque dagli interessi diffusi di cui l'ente è statutariamente, o istituzionalmente, portatore».
Quanto poi al caso specifico, «i fatti oggi ascritti agli imputati sono quindi costituiti soltanto da delitti lesivi di interessi patrimoniali connessi al denaro o altra *res*, la cui peculiarità consiste nella prosecuzione della lesione al patrimonio, ma non solo, e nel suo definitivo depauperamento, procurati dagli autori del reato presupposto».
Per queste ragioni, il Gup doveva escludere intanto l'Associazione Consumatori.
Quanto invece agli istituti bancari, che hanno lamentato danni patrimoniali e non, sia sotto forma di danno all'immagine, di compromissione della fiducia della clientela e di dispendio di mezzi ed energie per attività formative e preventive del fenomeno, tali voci sarebbero eventualmente riconducibili per via diretta ai c.d. *phishers* , rispetto ai quali non sono per definizione in concorso, né sono consapevoli della specifica attività da questi svolta, ma sono solo tramiti, parzialmente consapevoli, e collocati a valle delle condotte lesive dell'immagine delle società attrici.
Per questi motivi, e per quelli nuovi di cui ci si riserva la redazione ed il deposito in termini di legge, si chiede la riforma della sentenza impugnata.

Con osservanza

Luogo, data

Le sentenze in evidenza

Uff. Indagini preliminari Torino 13.5.2010

nei confronti di L.M., nato a *...omissis...*, con domicilio eletto presso lo studio del difensore di fiducia avv. <.....>, imputato dei reati di cui:
a) all'art. 640 c.p. per avere con artifici e raggiri consistiti nel proporre sul sito italiano di EBAY in vendita un computer portatile TOSHIBA R500 121 al prezzo di euro 1.160,00, di cui non aveva la disponibilità e non aveva intenzione di consegnare, indicando il proprio numero telefonico, al quale successivamente alla conclusione del contratto di vendita non era più reperibile, concordando con A.G. il pagamento del 50% del prezzo tramite pagamento sul suo conto bancario nr. *...omissis...* acceso presso la Cassa di Risparmio di Asti ag. Andezeno e il saldo dopo la consegna, dando assicurazioni circa il possesso del bene e giustificando la convenienza del prezzo con la circostanza che si trattava di un regalo, nonché la vendita su EBAY per l'impossibilità di incontrare l'acquirente per ragioni di lavoro, affermando di lavorare nel campo dell'informatica, così traendo in inganno A.G. sull'effettiva disponibilità del bene, procurato un ingiusto profitto costituito dalla somma di euro 550,00 con equivalente danno per A.G. In <.....> il 20.2.08
b) all'art. 640 c.p. per avere con artifici e raggiri consistiti nel proporre in vendita sul sito EBAY un cellulare marca NOKIA E90 per la somma di euro 452,00, di cui non aveva la disponibilità né intendeva consegnare, fornendo numeri cellulari, ai quali non era più reperibile dopo la conclusione del contratto di vendita, concordando con C.C. il pagamento della metà del prezzo mediante modulo di richiesta servizi carta *postepay* prepagata prima della consegna ed il saldo dopo la consegna, dando assicurazioni circa il possesso del bene e sulle caratteristiche dello stesso
<.....> il 23.2.08
c) agli artt. 81. I comma, 615 *ter*, 640 *ter* c.p. perché, con una sola azione in violazione più disposizioni di legge, facendo accesso abusivamente nel sistema informatico dell'istituto di credito X, intervenendo informaticamente sul conto corrente nr. *...omissis...* acceso presso il suindicato istituto, agenzia di A., intestato a A.V. Srl, disponendo un bonifico bancario on-line per l'importo di euro 4521,23 a suo favore sul libretto al portatore nr. *...omissis.../3* accesso presso banca Y, filiale di A., privo di giustificazione ed all'insaputa del legale rappresentante di A.V. Srl, si introduceva abusivamente in un sistema informatico protetto da misure di sicurezza e procurava a sé o ad altri un ingiusto profitto pari alla somma di euro 4521,23 con equivalente danno per A.V. Srl, intervenendo senza diritto su dati, informazioni e programmi contenuti in un sistema informatico. In <.....> il 24.3.08
d) agli artt. 81, I comma, 615 ter, 640 ter c.p. perché, con una sola azione in violazione di più disposizioni di legge, facendo accesso abusivamente nel sistema informatico della banca X, intervenendo informaticamente sul conto corrente on line nr. *...omissis...* acceso presso la suindicata banca intestato a agenzia di viaggi Z, disponendo un bonifico bancario on-line per l'importo di euro 2.347,83 a suo favore sul libretto al portatore nr. *...omissis.../3* accesso presso banca Y, filiale di <.....>, privo di giustificazione ed all'insaputa di C.A., si introduceva abusivamente in un sistema informatico protetto da misure di sicurezza e procurava a sé o ad altri un ingiusto profitto pari alla somma di euro 2.347,83 con equivalente danno per C.A., intervenendo senza diritto su dati, informazioni e programmi contenuti in un sistema informatico.
In <.....> il 1.4.08
e) agli artt. 81, comma 1, 615 *ter*, 640 *ter* c.p. perché, con una sola azione in violazione di più norme, facendo accesso abusivamente nel sistema informatico della banca W ed intervenendo informaticamente sul conto corrente intestato a AR. F.lli S.n.c. acceso presso il suindicato istituto di credito, disponendo un bonifico bancario on-line per l'importo di euro 4.350,00,00 a favore del conto corrente nr. *...omissis...* a lui intestato acceso presso banca J, ag. di <.....>, privo di giustificazione ed all'insaputa del legale rapp. te di AR. F.lli Snc, si introduceva abusivamente in un sistema informatico protetto da misure di sicurezza e procurava a sé o ad altri un ingiusto profitto pari alla somma di euro 4.350,00 con equivalente danno per la società AR. F.LLI Snc intervenendo senza diritto su dati, informazioni e programmi contenuti in un sistema informatico.
In <.....> il 22.4.08

f) agli artt. 81, I comma, 615 *ter*, 56-640 *ter* c.p. perché, con la stessa azione in violazione di più disposizioni di legge, facendo accesso nel sistema informatico della banca K, intervenendo informaticamente sul conto corrente intestato a M.M. acceso presso il suindicato istituto, disponendo un bonifico bancario *on-line* per l'importo di euro 1.625,35 a favore del conto corrente nr. *...omissis...* a lui intestato acceso presso banca J, ag. di <.....>, privo di giustificazione ed all'insaputa di M.M., si introduceva abusivamente in un sistema informatico protetto da misure di sicurezza e compiva atti idonei e diretti in modo non equivoco a procurarsi un ingiusto profitto pari alla somma di euro 1.625,35 con equivalente danno per M.M. intervenendo senza diritto su dati, informazioni e programmi contenuti in un sistema informatico, non riuscendo nell'intento per cause indipendenti dal suo volere in particolare perché veniva bloccato il bonifico.
In <.....> il 3.6.08
g) agli artt. 81. I comma. 615 *ter*, 640 *ter* c.p. perché, con una sola azione in violazione di diverse disposizioni di legge, facendo accesso abusivamente nel sistema informatico della banca H, intervenendo informaticamente sul conto corrente intestato a U.T. ed acceso presso il suindicato istituto, disponendo un bonifico bancario on-line per l'importo di euro 2.690,93 a favore del conto corrente nr. *...omissis...* a lui intestato acceso presso la filiale di <.....> di banca Q, privo di giustificazione ed all'insaputa di U.T., si introduceva abusivamente in un sistema informatico protetto da misure di sicurezza e procurava a sé o ad altri un ingiusto profitto pari alla somma di euro 2.690,93 con equivalente danno per U.T. intervenendo senza diritto su dati, informazioni e programmi contenuti in un sistema informatico.
In <.....> il 22.5.08
h) agli artt. 81 cpv., 624, 61 nr. 11. 485, 640 c.p. perché, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, dopo avere sottratto i moduli di assegno nr. *...omissis...*-00, *...omissis...*-02, *...omissis...*-05 tratti sul conto corrente intestato a Z.P. acceso presso Banca W, agenzia di <.....> , apponendo sugli stessi la firma della donna, indicando sul primo la data e l'importo di euro 250,00, sul secondo la data e l'importo di euro 150,00, sul terzo la data e l'importo di euro 250,00, presentando gli stessi all'incasso così traendo in inganno i dipendenti dell'istituto bancario sulla regolarità degli assegni, impossessato di beni di proprietà altrui, formato scritture private false, con artifici e raggiri procurato un ingiusto profitto pari alla somma complessiva di 650,00 euro con equivalente danno per Z.P. Con l'aggravante di avere commesso il furto con abuso di ospitalità.
In <.....> il 27.12.07, 19.1.08, 4.2.08
Dagli artt. 476, comma I e II, 482 c.p. per avere, predisponendo una falsa denuncia intestata "REGIONE CARABINIERI PIEMONTE STAZIONE CC" datata 16.2.08 da lui presentata al Car. "S" T.I., avente ad oggetto il furto dell'autovettura OPEL TIGRA avente tg. *...omissis...*, formato un atto pubblico falso, facente fede fino a querela di falso.
In luogo imprecisato in data anteriore e prossima al 4.6.08
RECIDIVO REITERATO SPECIFICO
Identificate le persone offese in:
– A.G., domiciliato presso lo studio dell'Avv. <.....> in M., viale I;
– C.C., residente in A., strada della C.;
– A.V. Srl, in persona del legale rapp.te con sede in G., via C.;
– C.A., residente in A., via M.;
– AR. F.lli Snc, in persona del legale rapp.te corrente in C.;
– M.M., residente in R., via S.;
– U.T., residente a Floridia via F.;
– Z.P., residente in A., via D.G.;
Con l'intervento del Pubblico Ministero dott.ssa <.....> e dell'avv.to <.....>, sostituto del difensore di fiducia dell'imputato avv. <.....>.
Le parti hanno concluso come segue:
Pubblico Ministero: affermarsi la responsabilità dell'imputato e, considerati i reati riuniti ai sensi dell'artt. 81 c.p., ritenuto più grave il reato di cui al capo I), escluse le attenuanti generiche, condannarlo alla pena di anni 3 di reclusione.

Difesa assoluzione dell'imputato dal reato di cui al capo I) perché il fatto non sussiste, dal reato di cui al capo H) per la causa di non imputabilità ex art. 649 c.p., assoluzione per tutti gli altri capi e in particolare per i capi A) e B) perché il fatto non sussiste, in subordine minimo della pena e attenuanti generiche per il buon comportamento processuale.

MOTIVAZIONE

1. Con atto depositato il 9.2.2010 il PM ha chiesto che venisse emesso decreto che dispone il giudizio nei confronti di L.M. per i reati in epigrafe indicati. Il Giudice ha fissato udienza per il 13.4.2010, data in cui l'imputato personalmente ha chiesto di essere giudicato con il rito abbreviato; ammesso il rito, sentite le parti, il giudice su richiesta del difensore ha rinviato per la discussione al 27.4,2010. In tale data si è proceduto alla discussione e all'esito il Giudice ha emesso sentenza pubblicata mediante lettura del dispositivo.

2. A carico del L. vengono ascritte ipotesi di reato articolate in 9 diversi capi, formulati all'esito delle indagini condotte principalmente dai Carabinieri della Stazione di Riva presso Chieri. Con una prima annotazione in data 20.3.2008 i militari hanno riferito che A.G. aveva presentato querela per truffa nei confronti dell'imputato L.M. pervenuta in data 7.3.08 presso la Stazione dei Carabinieri di Riva presso Chieri mediante raccomandata postale, Nella querela l'A. ha riferito di essersi aggiudicato il 20.1.2008 in un'asta sul sito E-Bay un computer portatile Toshiba R500 121 al prezzo di euro 1160, messo in vendita da utente con il nome *...omissis...*, L'A. ha quindi contattato il 20.2.2008 (il riferimento al 20.1 di cui sopra pare frutto di errore) via e-mail il venditore, che ha risposto comunicando il proprio numero di cellulare, cioè *...omissis...*, contattato dal querelante. Ha risposto alla telefonata persona qualificatasi come L.M., con cui l'A. ha concordato il pagamento del 50% in anticipo con versamento sul c/c del venditore, e del restante 50% dopo la consegna. L'A. ha provveduto lo stesso 20.2.08 al pagamento di euro 530 tramite bonifico sul conto (poi risultato libretto bancario) di cui aveva avuto gli estremi, cioè *...omissis...* acceso presso l'agenzia della Cassa di Risparmio di Asti di Andezeno intestato allo stesso L., e ha sollecitato via sms la consegna del computer. Il L. a sua volta il 22.2.08 tramite e-mail ha comunicato che il computer sarebbe stato spedito con tutta probabilità quella stessa mattina a mezzo corriere. Il 23.2 l'A. ha provato a contattare il L. per avere notizie della spedizione senza riuscire a avere risposta, né tramite telefono né tramite e-mail, situazione che si è verificata anche i giorni successivi. L'A. si è rivolto alla Cassa di Risparmio di Asti di Andezeno il cui personale gli ha riferito che il versamento era stato effettuato su libretto bancario intestato L.M., cliente conosciuto alla banca. Il querelante ha anche interpellato l'anagrafe di Azeglio, che ha confermato la residenza anagrafica indicata dal L. in fraz. Pobbia <.....> via P.. Anche da verifica su E-Bay è risultato che il nick *...omissis...* corrispondeva all'utente L.M. con telefono *...omissis...*, residente in Azeglio. L'A. ha esposto anche come il venditore abbia fornito su sua richiesta una serie di informazioni sul computer posto in vendita, e in particolare che lo aveva acquistato nel dicembre 2007, ma di averne ricevuto uno simile in regalo, di averlo pagato meno del prezzo di listino perché lavorava nel campo dell'informatica, contribuendo a determinare l'A. all'acquisto. L'A. ha poi riferito di essere venuto a conoscenza, dai "feedback" dell'utente *...omissis...* su E-Bay, che il L. avrebbe tenuto una condotta analoga con riferimento alla vendita di un telefono cellulare a un altro utente (con nome *...omissis...*). Il querelante ha quindi chiesto il sequestro del C/C o libretto del L. o degli importi depositati dal L. presso Cassa di Risparmio di Asti di Andezeno.

Dagli allegati alla querela e in particolare dalle stampe dell'annuncio relativo alla vendita del computer comprese le domande degli utenti e i feedback e della corrispondenza informatica tra l'A. e il L. (in cui deve identificarsi l'utente *...omissis...*) risulta che il venditore ha rassicurato l'A. sul prezzo del PC, particolarmente conveniente ma giustificato con la volontà di disfarsi di un doppione; inoltre egli ha dissuaso l'acquirente dal ricorrere alla modalità della consegna a mano piuttosto che tramite corriere in quanto "sempre in giro per lavoro",

I militari della Stazione di Riva presso Chieri hanno quindi iniziato le loro indagini dalla Cassa di Risparmio di Asti di Andezeno, il cui direttore ha confermato che il L. aveva presso l'istituto un conto corrente e un libretto al portatore. Si è poi scoperto che n data 21.2 sul libretto del L. era stato effettuato sia un prelievo che un versamento della stesso importo; il saldo era pari a 1,49 euro. Presso l'anagrafe di Andezeno è risultato che il L. fosse emigrato il 7.5.06 per Azeglio.

È stata quindi il 18.3.08 escussa a s.i.t. Z.P., moglie separata del L., che ha appunto riferito di essersi separata legalmente dall'imputato con provvedimento del Tribunale di Torino in data 7.6.00 di omologa delle condizioni stabilite davanti al Presidente in data 23.5.00. La Z. ha anche riferito di aver presentato in data 29.10.07 querela contro ignoti (che ha dato origine al procedimento penale n. 08/3657 mod. 44 poi passato a mod. 21 e riunito al presente) per tre prelievi, di cui due da euro 250 e uno da euro 50, effettuati sul suo c/c acceso presso la banca Intesa San Paolo di Andezeno non da lei ma da altri tramite bancomat tra il 17.10 e il 24.10.07, Rispetto a questi prelievi, la banca ha comunicato alla Z. che non erano stati posti in essere mediante clonazione della carta, ma in modo regolare allo sportello. La Z. ha quindi ricordato di aver dato nel luglio-agosto del 2008 al L. il bancomat comunicandogli il relativo pin perché potesse effettuare delle spese. Se presentando la denuncia la Z. aveva detto di non nutrire sospetti su alcuno, avendo appreso delle modalità dei prelievi ha sospettato il L. in quanto a conoscenza del pin della carta. D'altronde il L. aveva anche la materiale possibilità di sottrarre la carta data la sua continua presenza nella sua casa. Il L. da parte sua aveva espresso l'opinione che i prelievi fossero avvenuti in seguito a clonazione.
I militari provvedevano a convocare in data 18.3.08 il L. ed a redigere verbale di identificazione, elezione del domicilio e nomina del difensore. In questo frangente il L. ha reso dichiarazioni spontanee, riferendo di essere sottoposto ad estorsione da parte di tali O.A., P.G., Z.C., i quali infine gli avevano proposto di utilizzare il suo c/c per ricevere delle somme consistenti promettendo allo stesso L. una commissione dell'8%. Il L. avrebbe rifiutato a causa della sicura provenienza illecita del denaro. Il L. ha poi riferito di non essere mai stato in possesso del pc posto in vendita, di aver sottratto alla moglie circa 4000 euro, e ha consegnato il proprio libretto nominativo n *...omissis...* con saldo di 1,49 euro che è stato posto in sequestro. Il L. ha anche riferito di avere messo in vendita su E-Bay anche un telefono Nokia E90 sempre con modalità truffaldine. Gli investigatori con l'aiuto del L. hanno provveduto ad inviare una e-mail all'acquirente invitandolo a contattare il comando.
Con annotazione in data 1.4.2008 la PG ha poi riferito sulla vicenda relativa a C.C., acquirente appunto del telefono Nokia E90 venduto dal L., Il C., letto il messaggio inviatogli dai Carabinieri di Riva presso Chieri, si è presentato il 20.3 presso la Stazione e ha sporto denuncia querela nei confronti del L. Il C, ha riferito di aver appunto acquistato l'oggetto tramite E-Bay al prezzo di 452 euro e di aver poi effettuato un versamento tramite modulo di richiesta servizi carte postepay per 200 euro; la restante parte del prezzo doveva essere pagata al ricevimento del telefono. Il venditore, ricevuti i 200 euro, ha contattato il C, per telefono dicendogli che avrebbe spedito in giornata l'involucro contenente il cellulare nonché il numero del monitoraggio per il rintraccio del plico. Il C,. non avendo ricevuto il plico, ha contattato il venditore, L.M. su i due numeri di cellulare (*...omissis...*) a sua conoscenza, senza avere risposta e quindi realizzando di essere stato truffato. Alla denuncia querela del C, è allegata la stampa dell'offerta su E-Bay che comprende la risposta del L. alle sue domande; in particolare il L. ha spiegato di non poter consegnare l'oggetto di persona anche se il C, abitava in Torino, essendo sempre fuori per lavoro. Vi è anche la distinta del versamento di 200 euro effettuato dal C, per la ricarica di carta *postepay* intestata al L. L'imputato da parte sua ha dichiarato spontaneamente ai Carabinieri di aver commesso il fatto per «poter guadagnare del denaro da consegnare a sua volta a degli estorsori».
Con ulteriore annotazione del 28.4.2008 i militari di Riva presso Chieri hanno riferito su altri fatti di reato nel frattempo emersi.
Si è quindi acquisita la denuncia querela presentata il 30.3.2008 davanti ai Carabinieri della Stazione di Altedo da A.F., legale rappresentante della società A.V. s.rl. con sede in Altedo. La società disponeva di c/c presso la banca Credito Cooperativo Bolognese filiale di Altedo, rispetto al quale era stato attivato servizio per effettuare operazioni on line. Accedendo al servizio il 28.3.2008 alle ore 13,00 l'A. ha verificato che era stato eseguito sul conto un bonifico *on line* dell'importo di euro 4521,23 in favore di L.M., Piazza della L., Chieri. L'A. ha verificato anche sentendo la dipendente abilitata ad operare sul conto che nessuno all'interno della società aveva effettuato il bonifico e che il L. risultava persona sconosciuta. L'A. ha fornito copia del bonifico in oggetto. Successivamente, il 10.4.08, l'A. ha peraltro ricevuto sul suo indirizzo A. *...omissis...* una e-mail dall'indirizzo ivi *...omissis...*;. Nella e-mail, a nome di L.M., si riferisce dell'intenzione da parte del mittente di restituire la somma in parte tramite Western Union. Tale intenzione non si sarebbe tradotta in realtà in quanto il direttore della banca ("*...omissis...*") aveva informato i Carabinieri del bonifico, con conseguente blocco del conto fino a quando il L. non fosse

stato in grado di dimostrare la provenienza della somma. Il L. ha quindi proposto all'A. allo scopo di sbloccare la somma di inviare un fax ai Carabinieri di Riva presso Chieri "*...omissis...*" e di informarlo non appena lo avesse fatto. Il L. ha indicato a tale scopo il numero di cellulare *...omissis...* per contattarlo anche per chiarimenti, sostenendo che gli dispiaceva ma poteva "farci nulla".
Peraltro (si veda nota CC Riva presso Chieri in data 4.12.2008) il bonifico è stato accreditato solo dopo il sequestro del libretto del L. per cui è stato possibile restituire immediatamente la somma di euro 4521,23 all'A.
È stata acquisita anche denuncia querela presentata da C.A. davanti ai Carabinieri della Stazione di Frosinone in data 14.4.08 la quale ha riferito che sul fax della propria agenzia di viaggi P3 Trips era giunto il 11.4.08 un messaggio da parte di tale L.M.. Il mittente chiedeva che fosse inviata via fax una dichiarazione da cui risultasse che la somma versata sul conto del L. era stata inviata come "compenso per una collaborazione svolta per conto vostro", comunque non essendo necessario allegare fattura o "documenti simili". Anche in questo caso il mittente dichiarava di essere spiacente ma di non avere altra soluzione per far riavere il denaro alla C. e ha indicato come numero di telefono per informazioni il *...omissis....* La C., comprensibilmente preoccupata, ha chiamato tale numero, a cui ha risposto persona nuovamente qualificatasi come L.M. che le ha dato "spiegazioni inverosimili" per giustificare il versamento a suo favore. La C. ha quindi contattato anche i carabinieri di Riva presso Chieri, i quali hanno confermato di essere a conoscenza della vicenda e l'hanno inviata a presentare querela e a non rispondere alle richieste del L. Il 14.4 la C. ha potuto prendere visione delle operazioni effettuate sul c/c intestato alla sua agenzia presso la Bancanagni, Credito Cooperativo, tra cui vi era anche il bonifico effettuato a favore del L. sul libretto al portatore nr. *...omissis.../3* accesso presso banca C.R. ASTI filiale di Andezeno per l'importo di euro 2347,83, mai disposto dalla p.o. La C. ha quindi provveduto a chiudere il proprio c/c on line *...omissis...*, che aveva chiavi segrete di accesso conosciute soltanto a lei e non fornite ad alcuno anche rispondendo a e-mail.
Il 19.4 è stata sentita M.G., che all'epoca aveva una relazione con il L. La M. ha riferito dei suoi sospetti in merito alla responsabilità del L. per la sottrazione della somma di euro 1570,00, che costituiva il suo stipendio nel marzo 2008, somma contenuta in una busta che la donna aveva appoggiato entrando in casa poco prima del furto. La M. ha anche riferito che il L. aveva falsamente denunciato con una telefonata ai Carabinieri il furto di una autovettura di cui aveva la disponibilità, attribuendo la responsabilità del fatto "a quelle persone che lo stavano cercando", lì L. aveva parlato alla M. di essere vittima di estorsori, ma "viste le continue fandonie" lei non aveva dato peso al racconto. In seguito la M. ha incontrato la ex moglie del L. che le ha detto di aver ripreso l'auto denunciata come rubata dal L. medesimo. L'imputato ha poi giustificato il suo comportamento con la M. affermando di aver inscenato il furto della vettura per non farle sapere che in realtà era della moglie.
Con ulteriore annotazione in data 18.5.08 i Carabinieri di Riva presso Chieri hanno riferito in merito agli accertamenti effettuati su c/c acceso dal L. presso la Banca Popolare di Novara- agenzia di Chieri. Il direttore dell'agenzia ha riferito che il L. aveva aperto il conto il 14.4.2008, fornendo i documenti prodotti per l'apertura, oltre a lista completa dei movimenti intervenuti sul conto. Tra di essi è apparso degno di nota un bonifico a favore del L. di 4350 euro, somma poi prelevata in più occasioni nel giro di 13 giorni. Il direttore dell'agenzia ha anche consegnato copia di una denuncia querela presentata il 7.5.08 presso la Polizia Postale di Cuneo in ordine al bonifico in questione da AR. Roberto, vittima della sottrazione tramite operazioni on line della complessiva somma di 9350 euro. Oltre al bonifico a favore del L., ve ne era un secondo dell'importo di 5000 euro a favore di tale F.S. sul c/c a questa intestato presso le Poste Italiane agenzia di Udine.
In particolare l'AR., legale rappresentante della società "Ar. f.lli s.n.c." con sede in Caraglio, ha dichiarato di aver verificato on line il 3.5., controllando dopo un periodo in cui il PC della ditta era stato in riparazione, l'esistenza nell'estratto conto della ditta di due bonifici non effettuati dalla società, Si trattava di un bonifico di 4350 euro effettuato il 22.4.08 su c/c IBAN *...omissis...* intestato a L.M. aperto presso l'agenzia della Banca Popolare di Novara in Chieri e del bonifico di 5000 euro effettuato il 29.4.08 a favore del conto Bancoposta IBAN *...omissis...* intestato a favore di F.S. aperto presso l'agenzia di via v. di Poste Italiane. Il fratello dell'AR.M.M. ha negato di aver posto in essere lui i bonifici. Il vice direttore della banca ha consegnato all'AR. gli indirizzi P di chi aveva effettuato la disposizione on line.

Le indagini sulla F., risultata beneficiaria di altri bonifici "sospetti" non hanno poi consentito di reperire un collegamento con il L., come si vedrà anche infra.
Sempre nell'annotazione del 18.5. si è riferito in merito alla denuncia querela presentata quello stesso giorno da Z.P. nei confronti dell'odierno imputato. La Z. ha riferito che il L. nel febbraio del 2008 le aveva consegnato una ricevuta per l'importo di euro 1407,60 apparentemente rilasciata dall'avv. L.A., cui i due si erano rivolti per il loro divorzio. La Z., non rammentando quale somma esattamente aveva consegnato al L. allo scopo di retribuire il difensore, si è limitata a riporre la ricevuta. In seguito nell'aprile la donna si è recata dall'avv. A. il quale le ha riferito che il L. gli doveva ancora del denaro e che non lo vedeva da parecchio tempo. La Z. ha allora mostrato al legale la ricevuta che le era stata consegnata dal L., che l'A. ha disconosciuto, negando di averla emessa, risultando falsi timbro, firma ed importo. La Z. ha deciso di conseguenza di effettuare una ricerca sugli assegni da lei emessi e consegnati al L. presso la propria banca in Andezeno. Qui la Z. ha verificato che erano stati incassati tre assegni da lei effettivamente emessi a favore del L., per l'importo due di 250 euro, uno di 400. Il direttore dell'agenzia ha però informato la Z. che erano stati incassati dal L. ulteriori tre assegni il *...omissis...*-00 datato 27.12.07 dell'importo di 250 euro, il *...omissis...*-02 datato 9.1.08 dell'importo di euro 150, il *...omissis...*-05 datato 4.2.2008 dell'importo di euro 250. La Z. ha quindi preso visione dei tre assegni che le apparivano non essere stati da lei sottoscritti; la donna ha ipotizzato che il L. si fosse impossessato dei moduli mentre lei dormiva o era al lavoro. Nei primi giorni di maggio il L. ha telefonato alla Z. chiedendole di versargli la somma di 200 euro su un c/c da lui aperto presso la Banca Intesa San Paolo di Ivrea (versamento che sembra essere stato effettivamente operato), essendo egli rimasto senza denaro in seguito al sequestro del suo libretto bancario da parte dei Carabinieri. Peraltro il L. aveva detto alla Z. di aver trovato lavoro come O.S.S. presso un ospedale di Agliè, ma era stato visto in Andezeno dalla Z. e da una sua amica, per cui la Z. ha detto di dubitare, date le molte bugie raccontatele dall'imputato, che egli avesse reperito davvero un lavoro.
In data 4.6.2008 è stata eseguita l'ordinanza di custodia cautelare emessa dal GIP di questo Tribunale in data 28.5.08 per il reato ex art. 12 L. 197/1991 (*rectius* 55 comma 9 D.L.vo 231/07) relativo ai prelievi abusivi sul bancomat della Z.. L'arresto del L. è peraltro stato posto in essere in Strambino presso un autosoccorso dove egli si era recato per recuperare la sua autovettura Opel Tigra TG. *...omissis...* posta in custodia in quanto ritrovata in stato di abbandono in Ivrea dopo che l'imputato ne aveva denunciato la rapina. Si è proceduto all'arresto del L. con queste modalità essendo risultati fittizi residenze e dimora in precedenza dichiarati dall'imputato. Nel corso dell'esecuzione si è anche provveduto alla perquisizione personale del L., negativa, nonché alla perquisizione presso il dormitorio Peana in Ivrea dove egli era domiciliato in quel periodo. Nel comodino in uso al L. è stata reperito un verbale di denuncia formato apparentemente dai Carabinieri della Stazione di Riva presso Chieri e risultato immediatamente falso agli operanti di quella stessa stazione, laddove sottoscritto da militare (Car. Se. T.) non in servizio presso quell'ufficio e riportante numeri non compatibili con il medesimo. Si è provveduto al sequestro del verbale come anche del Pc portatile e del materiale informatico rinvenuto invece presso l'abitazione della Z. in Andezeno.
In sede di interrogatorio di garanzia il L. ha ammesso prima di tutto di aver posto in essere le truffe su E-Bay, recandosi presso un Internet Point di Chieri, non avendo sul computer di casa neanche la connessione internet. In seguito il L. sarebbe stato contattato dalle vittime delle truffe con cui avrebbe concordato come risolvere il problema. L'imputato poi ha riferito in merito alla sua condizione personale, e quindi di domiciliare presso il dormitorio di Ivrea venendo seguito dai Servizi Sociali di Ivrea anche a causa del blocco del suo c/c. Il L. ha riconosciuto di aver posto in essere la maggior parte delle truffe quando ancora aveva una casa ed un lavoro.
L'imputato ha poi affermato che la separazione dalla Z. era "di tipo strategico" allo scopo di non coinvolgerla nelle sue vicende giudiziarie e di aver utilizzato la maggior parte del denaro per pagare le persone che lo vessavano e che aveva denunciato fino dal 2004. Il L. ha sostenuto di aver seguito il consiglio dei Carabinieri in merito alle modalità con cui ottenere il dissequestro del conto, non avendo comunque fatto lui stesso i bonifici che si era ritrovato dopo aver inviato in Internet i numeri del proprio conto. Il L. ha riferito di aver ritenuto legittimo l'uso del bancomat della Z. di cui disponeva non potendo
avere un conto corrente in quanto fallito; pur riconoscendo di essere stato denunciato dalla moglie il L.ha definito buoni i loro rapporti. Il L. ha comunque ammesso "l'addebito che riguarda le somme della

Banca Popolare di Novara". In relazione agli assegni l'imputato ha dichiarato: «per quanto riguarda gli assegni visto che mia moglie non ha voluto più il bancomat, a volte è successo che ho messo su degli assegni la firma di mia moglie ed ammetto che non è regolare. Mia moglie mi ha dato degli assegni firmati da lei per andarli a ritirare e a volte li ho presi io e li ho firmati senza che mia moglie ne fosse al corrente». Il L. ha ribadito di essere vittima di estorsioni da parte di persone che insistevano perché ritirasse le denunce e che contemporaneamente gli chiedevano soldi.

Con annotazione del 27.6.08 la Polizia Postale di Cuneo, indagando in merito ai bonifici effettuati sul c/c della società AR., ha riferito che si era accertato che la F. aveva inviato a cittadini russi quasi l'intera somma, trattendo il compenso di euro 448,62. Anche rispetto a altro bonifico, oggetto di indagine per phishing, si è rilevato che la F. aveva subito provveduto dopo l'accredito a effettuare altro bonifico in Russia, trattendo un compenso. La PG ha quindi ipotizzato che la F. fosse un "soldatino" di un'associazione criminale operante internazionalmente. La PG ha anche chiesto al PM di disporre l'acquisizione dei files di log e Caller ID rispetto agli indirizzi EP da cui erano state effettuate le disposizioni sul c/c dell'AR.. Peraltro si è accertato (nota CC. Riva presso Chieri 24,6.08) che il L. ha frequentato dal 18.5.06 al 24.5.08 un *call center* in Chieri, regolarmente identificato tramite carta di identità; rispetto a questi accessi non sono state effettuate indagini nell'incertezza dei computer effettivamente utilizzati dal L.. Con c.n.r. del 21.6.08 i Carabinieri della Stazione di Rosignano M.mo hanno trasmesso la querela presentata da M.M. il 19.6.08 relativa ad un bonifico di euro 1625,35 disposto sul suo c/c aperto presso il Monte dei Paschi di Siena filiale di Vada a favore di L.M. sul c/c *...omissis...* presso l'istituto di credito con ABI 5608 – CAB 30360 (dati corrispondenti alla Banca Popolare di Novara – agenzia Chieri). Il bonifico era stato ordinato il 3.6.08 tra le 12,30 e le 12,40 ed è stato rilevato dalla moglie del M., L.V., tramite controllo online sul c/c e quindi immediatamente annullato. Sia il M. che la L. hanno disconosciuto l'operazione. Un ulteriore bonifico a favore del L. è oggetto della denuncia querela sporta da U.T. davanti ai Carabinieri della Stazione di Siracusa Principale in data 7.6.08. In quella sede la U. ha riferito di aver rilevato il bonifico effettuato il 21.5, accreditato il 22.5, addebitato il 19.5 esaminando l'estratto conto del c/c intestato al Caleidoscopio di T.U. presso la Banca Intesa ag. di Siracusa n.1. L'U. ha assolutamente disconosciuto la disposizione. Il L. risultava residente in Ivrea Piazza B., indirizzo risultato poi fittizio dato che è la sede della Banca Intesa. Con annotazione del 17.6.08 i Carabinieri della Stazione di Torino San Donato hanno trasmesso il verbale di s.i.t. di A.Lu., il quale ha riferito di non aver redatto l'istanza di intervento generale alla Procura generale di Torino rinvenuta nel PC del L., pur confermando che la firma in calce era la sua e ipotizzando che il L. potesse aver scansionato le firme di quietanza di pagamento rilasciate in riferimento ad un procedimento civile in cui aveva assistito l'imputato. In seguito al decreto emesso dal PM in data 22.10.08 per l'acquisizione dei files di log relativi agli indirizzi IP da cui erano stati ordinati i bonifici sul conto dell'AR., la Polizia Postale di Cuneo (si veda annotazioni in data 12.12.08 e 27.1.2009) è risalita alle utenze a cui erano stati attribuiti i relativi indirizzi, e cioè *...omissis...* intestata a R.R. residente in Aversa per il bonifico di euro 4350 a favore del L. e *...omissis...* intestato alla associazione A.C.A.I. sede di Catania per il bonifico di euro 5000 a favore della F.. Si sono quindi subdelegati i corrispondenti uffici di Caserta e Catania per l'identificazione delle persone che utilizzando le linee internet in oggetto avrebbero disposto i due bonifici.

Tali indagini non hanno avuto alcun esito utile; quanto alla R. (si veda annotazione Polizia Postale Caserta del 7.4.09), questa ha riferito che la linea telefonica *...omissis...* era effettivamente a lei intestata, ma che fisicamente era collocata nell'abitazione della figlia M.N.. Sia quest'ultima che il marito Na.P. e i figli Na.S. e R. hanno negato di aver disposto il bonifico a favore del L. e di conoscere l'imputato o F.S.; Na.P. ha consegnato il PC presente nell'abitazione della famiglia alla PG per eventuali accertamenti, che non risultano effettuati. Quanto alla linea *...omissis...*, i responsabili della A.C.A.I. sede di Catania hanno riferito che la linea è installata presso la sede zonale di Librino, ma di non poter dare indicazioni su chi avesse utilizzato il PC della sede per effettuare la disposizione a favore della F., in quanto era stata effettuata nel periodo delle elezioni politiche, quando molte persone avrebbero avuto accesso all'apparecchio.

Il PM ha disposto altresì una consulenza tecnica informatica sul PC del L. e i dischi in sequestro. Con relazione depositata il 25.7.08 il CT ha riferito che nel PC non si era trovato materiale direttamente riconducibile ai reati di truffa perpetrati attraverso internet, in quanto il PC non risultava essere mai stato connesso anche data la mancanza di periferica di rete o di modem. Nell'*hard disk* è stata invece rilevata

la presenza di timbri, simboli, firme e atti giudiziari probabilmente prodotti con lo scanner pure in sequestro. Il CT ha detto di non essere in grado di identificare in modo univoco l'utilizzatore principale del computer, ma che dai documenti personali si poteva stimare che fosse proprio il L.
Tra i documenti è stato rinvenuto anche il file relativo alla falsa denuncia oggetto di sequestro il 4.6.08, come anche la scansione del timbro "pagato" con sottoscrizione dell'avv. A.
3. Da quanto prima esposto risulta che le indagini a carico del L. sono state lunghe e complesse, evidenziando una lunga serie di episodi a danno di svariate persone; peraltro il presente procedimento non concerne alcune vicende su cui pure sono stati acquisiti elementi, come i furti ai danni della Cooperativa Animazione Valdocco presso la quale il L. ha lavorato (peraltro sul punto la responsabile Al.C. ha riferito meri sospetti a carico del L., si vedano s.i.t. 16.4.08), le falsificazioni degli atti dell'avv. A., la truffa tramite E-Bay ai danni di M.C. (si vedano i relativi atti allegati alla annotazione dei Carabinieri di Riva presso Chieri in data 28.4.08), il furto ai danni della M..
Venendo invece alle ipotesi in contestazione, appare prima di tutto pienamente provata la responsabilità del L. per le truffe contestate ai capi A) e B) anche considerata la confessione in sede di interrogatorio di garanzia. Nessun pregio ha l'argomentazione del difensore sul punto, per cui si sarebbe in presenza di un mero inadempimento contrattuale dato che non vi è prova della stessa esistenza del bene promesso e non consegnato. Già l'offerta in vendita di un bene di cui non solo non si ha la disponibilità (come esplicitamente ammesso dal L. se non altro per il PC Toshiba) ma che non si ha alcuna intenzione di consegnare all'acquirente appare integrare una forma di artificio e raggiro. Per di più il L. ha attivamente fatto in modo di rafforzare la fiducia degli acquirenti e di indurli ad abbandonare la richiesta della consegna a mano che avrebbe evitato di cadere nella trappola. Il L. ha anche in entrambi i casi utilizzato la "storia" del doppio regalo per spiegare la vendita degli oggetti anche a prezzo particolarmente conveniente e li ha descritti come nuovi (il telefono Nokia è stato definito ancora imballato). Appaiono quindi sussistenti tutti gli estremi della truffa, compreso l'ingiusto profitto dell'anticipo versato dagli acquirenti con conseguente loro danno della perdita delle relative somme.
Quanto alle ipotesi di cui ai capi C)-G) di bonifici effettuati a favore del L. su conti di persone ignare, anche in questo caso si ritiene raggiunta la prova a carico dell'imputato e ciò vale per entrambi i reati di cui agli artt. 615 *ter* e 640 *ter* c.p. contestati nei capi in oggetto.
In questo caso vi è motivo di ritenere, nonostante le indagini non abbiano portato a utili risultati, che l'imputato abbia operato in collegamento con una più vasta compagine di persone; ciò si può desumere dal coinvolgimento anche della F. quale beneficiaria di uno dei bonifici sul conto della società AR. come anche dal fatto che i bonifici sempre sullo stesso conto siano stati posti in essere da indirizzi IP apparentemente estranei al L. e assegnati ad utenze della Campania e della Sicilia (nessun accertamento vi è sugli indirizzi IP per gli altri casi). Il L. non ha offerto alcun serio elemento per individuare le altre persone coinvolte dapprima riferendo di essere stato costretto dai personaggi da lui più volte denunciati per estorsione a prestarsi per i versamenti, e poi in sede di interrogatorio di garanzia proclamando di "essersi ritrovato" i bonifici.
Il L. ha comunque posto in essere la condotta che ha reso possibile l'obiettivo finale e quindi il conseguimento del profitto delle somme sottratte alle persone offese, cioè l'apertura dei conti correnti su cui sono stati effettuati i bonifici e la comunicazione dei relativi estremi. Che il L. non sia poi stato una mera pedina inconsapevole risulta dai suoi tentativi di convincere la C. e PA. a fare in modo che venisse dissequestrato il libretto bancario su cui i bonifici erano stati effettuati, come anche il fatto che abbia effettuato il prelievo della somma proveniente dalla società AR. in diverse riprese, il che pare più compatibile con la destinazione a proprio favore della somma che all'inoltro a terzi. Il L. ha del resto sostanzialmente ammesso in interrogatorio di garanzia, sia pure attribuendo assai poco credibilmente ai Carabinieri la paternità dell'idea, di aver contattato la C. e PA. Il tentativo di indurre i due a rendere false dichiarazioni per sbloccare il libretto, oltre ad essere molto grave sotto un profilo processuale, pare frutto della volontà nonostante tutto di ottenere il profitto del reato, dato che sul libretto non vi erano reali disponibilità del L., essendovi rimasta solo la somma di euro 1,49. Non è possibile quindi giustificare il fatto con la necessità di tornare in possesso di somme lecitamente acquisite.
Va anche osservato che il L. ha fornito alle due persone offese il numero cellulare ...omissis... che era stato

pure utilizzato per i rapporti con PA. e il C., altro elemento che dimostra come l'imputato sia stato direttamente coinvolto.
In sede di interrogatorio di garanzia il L. sembra aver del resto sia pur "ellitticamente" confessato il reato di cui al capo E) ai danni dell'AR. e quello di cui al capo F) ai danni del M. (ipotesi di tentativo), ammettendo le proprie responsabilità riguardo "l'addebito che riguarda le somme della Banca Popolare di Novara" che non possono che essere quelle sottratte all'AR. e a livello di solo tentativo al M.
Sussiste quindi il reato di cui all'art. 615 ter c.p., avendo il L. concorso nei vari casi nell'accesso abusivo ad un sistema informatico protetto da misure di sicurezza; tale non può non essere considerato un conto corrente on line, per il cui utilizzo sono sempre previste password al di là dei maggiori o minori livelli di sicurezza dei sistemi in uso presso i diversi istituti di credito.
Va poi osservato che secondo la giurisprudenza di legittimità è ammissibile il concorso formale dei reati di truffa informatica e accesso abusivo ad un sistema informatico (si veda ad esempio Cass. Sez. V sent. 1727/08) "diversi essendo i beni giuridici tutelati e le condotte sanzionate, in quanto il primo tutela il domicilio informatico sotto il profilo dello "ius excludendi alios", anche in relazione alle modalità che regolano l'accesso dei soggetti eventualmente abilitati, mentre il secondo contempla l'alterazione dei dati immagazzinati nel sistema alfine della percezione di ingiusto profitto".
Nel caso specifico risulta integrato quindi anche il reato ex art. 640 *ter* c.p. laddove si è intervenuti su programmi contenuti in un sistema informatico e telematico con il risultato di procurare a sé un ingiusto profitto tramite i bonifici abusivamente posti in essere.
Si ritiene quindi che il L. sia responsabile anche dei reati di cui ai capi C)-G).
Venendo al capo H), il L. ha ammesso di aver abusivamente incassato assegni sottoscritti dalla Z.; questa in realtà ha negato di aver anche firmato i moduli degli assegni oggetto dell'imputazione e incassati dal L.. Il L. peraltro ha sostenuto di essere in buoni rapporti con la moglie, tanto da essersi sentito anche in diritto di utilizzarne il bancomat, e che la loro separazione era fittizia. Queste affermazioni d'altronde hanno portato il difensore del L. a invocare la causa di non punibilità dell'art. 649 c.p., evidentemente sotto il profilo del comma 1, ipotesi n. 1, sulla base di una supposta riconciliazione che avrebbe posto nel nulla la separazione legale, per quanto si comprende dalle argomentazioni difensive ex art. 157 c.c. A prescindere dalla possibilità che la riconciliazione abbia effetti sul piano penale, nel caso di specie non sembra possa sostenersi che sia effettivamente intervenuta, fatto già in contrasto con la presentazione di querela da parte della Z., che non ha affatto mostrato di condividere la disinvolta interpretazione data dal L. in merito ai loro rapporti patrimoniali se non affettivi. Va certo riconosciuto che tra i due appare essere esistito un legame molto più stretto di quello che normalmente intercorre tra due coniugi separati, come dimostrano la frequente presenza del L. nell'abitazione della Z. e i vari interventi della donna a sostegno delle precarie condizioni economiche del marito. Va però anche rilevato che il L. nello stesso periodo aveva intrapreso una relazione con la M., che non vi era una stabile convivenza con la Z. e che erano in corso con l'avv. A. pratiche per il divorzio, come riferito dalla Z. medesima. Si tratta di circostanze, unitamente alle querela sporte dalla Z., che non consentono di ritenere posto in essere da parte dei due coniugi un comportamento non equivoco incompatibile con lo stato di separazione, che solamente ex art. 157 comma 1 c.c. ha l'effetto di far venire meno gli effetti della separazione.
Ne deriva che il L. deve essere ritenuto responsabile e condannato per i reati di furto aggravato, falso e truffa a lui ascritti. Il furto è stato perpetrato tramite sottrazione alla Z., approfittando dell'ospitalità da lei concessa, dei moduli degli assegni, che poi sono stati riempiti falsificando la firma della Z. stessa, il che integra il reato ex art. 485 c.p. (aggravato per la verità ex art. 491 come non contestato dal PM). Quanto alla truffa anche questa appare integrata dalla successiva presentazione all'incasso dell'assegno falso, condotta che rappresenta un artificio ai sensi dell'art. 640 c.p. Secondo risalente giurisprudenza (non contraddetta) del resto "l'uso di un assegno alterato, pur essendo richiesto dalla legge come condizione di punibilità del delitto di falso, integra anche gli elementi del delitto di truffa, quando si concreti in artifizi o raggiri tendenti ad ottenere il pagamento dello stesso assegno, quindi a procurare un ingiusto profitto all'agente e un correlativo danno ad altri in questo caso i due reati concorrono tra loro, non potendo la truffa ritenersi assorbita dal delitto di falso secondo i principi relativi al reato complesso" (Cass. Sez. II sent. 866/70, conformi sez. V sent. 2990/84, sez. II sent. 4701/88).

Venendo infine al reato di cui al capo I), il L. ha materialmente posto in essere il falso a lui ascritto, in quanto non solo è stato trovato in possesso de verbale di denuncia oggetto dell'imputazione ma è anche stato rinvenuto il relativo file nel suo pc. Il verbale di denuncia sequestrato appare peraltro sottoscritta dal fantomatico redigente "Car. "S" T.I." e dallo stesso L. e quindi in condizione di essere esibito come documento autentico. Nessun rilievo ha il fatto che non risulti una utilizzazione del verbale apocrifo, che non è condizione di punibilità del falso in atto pubblico a differenza di quanto accade con la scrittura privata. Del resto risulta dagli atti che il L. abbia per più versi cercato di accreditare, per fini non ben chiari, il patito furto della vettura, denunciata pure come oggetto di rapina il 30.5.08; la M. ha riferito che il L. le aveva riferito del furto di un'autovettura di sua proprietà, salvo poi scoprire che l'auto era stata ripresa dalla moglie.
Si ritiene quindi che il L. debba venire condannato per tutti i reati a lui ascritti.
4. Quanto al trattamento sanzionatorio, tra i reati ascritti all'imputato può essere riconosciuto il vincolo della continuazione, risultando commessi in uno spazio di tempo ridotto, tra il febbraio e il giugno 2008, e presentando chiari elementi in comune, caratteristiche che fanno ritenere sussistente un unico disegno criminoso.
Si ritiene poi giustamente contestata al L. la recidiva reiterata e specifica, viste le condanne in data 11.4.97 del Pretore di Torino per i reati ex artt. 476, 482 e 640 c.p., in data 23.5.97 dei Pretore di Torino per furto, la sentenza ex art. 444 c.p.p. in data 12.11.99 sempre del Pretore di Torino di nuovo per i reati ex artt. 476, 482 e 640 c.p. Sebbene infatti vi sia stata una soluzione di continuità nella "carriera" criminale del L., questa nuova e fitta serie di illeciti dimostra come egli non abbia mai abbandonato veramente la propensione in senso lato alla frode e alla falsità, manifestata negli episodi descritti.
Il L. non merita invece le attenuanti generiche, non solo in virtù dei suoi precedenti, ma anche per il comportamento tenuto nel corso delle indagini, dovendosi considerare come sopra rilevato molto grave il tentativo di indurre le persone offese a dichiarare il falso per consentirgli non solo l'impunità ma anche il conseguimento del profitto delle sue condotte.
Tra i reati ascritti all'imputato più grave astrattamente appare quello ex artt. 476-482 c.p. di cui al capo I).
Appare equo comminare visti gli indici di cui all'art. 133 c.p.:
– la pena base di anni due di reclusione;
– aumentata per la recidiva a anni tre e mesi quattro di reclusione;
– aumentata per la continuazione con i reati di cui ai capi A) ,B), F), H) di mesi due per ciascuno dei capi e quindi anni quattro di reclusione;
– aumentata per la continuazione con i capi C), D), E), G) di tre mesi per ciascuno dei capi e quindi anni cinque di reclusione;
– ridotta per il rito a anni 3 e mesi quattro di reclusione.
L'imputato deve essere condannato al pagamento delle spese processuali.
Va disposta poi ex art. 29 c.p. l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque.
Considerato che sul libretto in sequestro vi era solo la somma di euro 1,49, che sono state restituite le somme di cui ai capi B) e C) alle persone offese A. (o meglio al fallimento Ecoimpianti srl succeduto alla società A.V. srl) e C. si ritiene di disporre la restituzione al L. del libretto medesimo.
D'altronde ai sensi degli artt. 640 ter, 640 quater e 322 ter c.p. va disposta la confisca di beni di cui l'imputato abbia la disponibilità per la somme di euro 4350 e euro 2690,93 relative al profitto dei reati di cui ai capi E) e G) somme che invece non risultano restituite agli aventi diritto.
Visto l'art. 544 c.p.p. si indica il termine di giorni 30 per il deposito della motivazione della sentenza

P.Q.M.

Il Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Torino, visti gli arti. 438 ss., 533 ss c.p.p.,
dichiara L.M. colpevole dei reati a lui in epigrafe ascritti, riuniti ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p., ritenuto più grave il reato cui al capo I), e lo condanna, riconosciuta la contestata recidiva, con la diminuente del rito, alla pena di anni tre e mesi quattro di reclusione;
condanna l'imputato al pagamento delle spese processuali;

dichiara l'imputato interdetto dai pubblici uffici per la durata di anni cinque; dispone la restituzione all'avente diritto L.M. di quanto ancora in sequestro;
visti gli artt. 640 ter, 640 quater e 322 ter c.p. dispone la confisca di beni di cui l'imputato abbia la disponibilità per la somme di euro 4350 e euro 2690,93 relative al profitto dei reati di cui ai capi E) e G) visto l'art. 544 c.p.p. indica il termine di giorni 30 per il deposito della motivazione della sentenza.

Torino, 27 aprile 2010

Corte di Cassazione, Sez. II pen., 11 marzo 2011, n. 9891
Reati contro il patrimonio - Delitti - Truffa - In genere - Frode informatica - Sistema informatico postale - Abusivo uso di chiavi personali di accesso - Fraudolento trasferimento di somme depositate in conto corrente postale.

Integra il reato di frode informatica, e non già soltanto quello di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, la condotta di introduzione nel sistema informatico delle Poste italiane S.p.A. mediante l'abusiva utilizzazione dei codici di accesso personale di un correntista e di trasferimento fraudolento, in proprio favore, di somme di denaro depositate sul conto corrente del predetto.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

9. Diffamazione *on line*

(di Alessia Sorgato)

Traccia per lo svolgimento del parere

Con querela depositata presso la Stazione Carabinieri di Venezia, Tizia afferma di aver appreso sia tramite chat in Facebook che collegandosi al blog gestito dal suo ex marito, dell'esistenza di un sito web inglese, denominato www.revenge.com, ove compaiono alcune fotografie che la ritraggono in abiti succinti o addirittura svestita, ed altre immagini nelle quali appare – in locali pubblici o all'interno del negozio che gestisce – in compagnia con svariati soggetti di sesso maschile.
Denuncia altresì che le foto sono accompagnate da didascalie ove, oltre ai suoi reali recapiti, anche telefonici, si offrono prestazioni sessuali a pagamento, con chiaro riferimento alla stessa come soggetto offerente.
Lamenta di aver effettivamente ricevuto svariate comunicazioni, via e-mail, telefono e per lettera, di sconosciuti che richiedevano le prestazioni suddette, che le hanno provocato un profondo fastidio ed un generale malessere a discapito della qualità della vita, fino a costringerla a modificare i recapiti e a secretare l'utenza telefonica casalinga, pur continuando ad essere disturbata in negozio.
Tizio viene rinviato a giudizio e processato a Venezia, luogo in cui risiede, mentre la ex moglie si è trasferita a Verona.
Viene ritenuto responsabile delle fattispecie ascrittegli, sia in quanto autore di almeno alcune di quelle foto, sia perché titolare del blog dove si dà notizia della loro pubblicazione sul sito (che quindi ha funto da link*).*
Le imputazioni spaziano dal 615 bis, 594, 595 c.p. aggravati ex art. 13 L. stampa, o comunque ex art. 30 legge Mammì, 528 c.p., 660 c.p., 167, comma 1 e 2, D.Lgs. n. 196 del 2003.
Tizio si reca dunque da un legale, per domandare il suo parere sulla fattispecie e, se del caso, consigliargli l'atto più idoneo per riesaminare il caso.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Al fine di elaborare un parere il più esaustivo possibile sul caso, l'avvocato provvede anzitutto a ricordare al cliente il testo delle norme che gli sono state imputate e per la violazione delle quali è stato condannato, onde rendergli più comprensibile la ragione per la quale di ciascuna di esse sia, o meno, lamentabile la violazione e sostenibile, al contrario, la sua innocenza.

Prima di passare in rassegna le principali problematiche offerte dalla traccia, e parallelamente dalla sentenza di condanna che quella tratteggia, il legale premette alcune considerazioni introduttive in materia di diffamazione e, più in generale, di reperimento, incameramento e distribuzione di notizie e dati personali altrui.
Va condiviso intanto che l'invenzione di mezzi di comunicazione e diffusione, quali *sms*, *blog*, *podcast*, *wiki*, *social network* etc. ha creato quella che in gergo si definisce *mass selfcommunication,* dove l'utente, dopo aver selezionato le informazioni che lo interessano, scelte tra quelle inviategli o reperite nella rete, e magari a sua volta le commenta prima di metterle nuovamente a disposizione di soggetti terzi.

Norme penali e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 594 c.p. Ingiuria.
[I]. Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a 516 euro [341-344] (1).
[II]. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa.
[III]. La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a 1.032 euro, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato (2).
[IV]. Le pene sono aumentate [64] qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone [595-599] (2).

(1) V. art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di competenza penale del giudice di pace. V. inoltre la norma transitoria di cui all'art. 64 d.lgs. n. 274, cit.
(2) Per un'ulteriore ipotesi di aumento di pena, v. art. 36 l. 5 febbraio 1992, n. 104. In tema di competenza penale del giudice di pace v. art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. V. inoltre la norma transitoria di cui all'art. 64 d.lgs. n. 274, cit. Per le ipotesi di reato attribuite alla competenza del giudice di pace si applica la sanzione della multa da 258 euro a 2.582 euro o quella della permanenza domiciliare da 6 a 30 giorni o del lavoro di pubblica utilità da 10 giorni a 3 mesi.

competenza: Giudice di pace; Trib. monocratico (aggravanti ex art. 43d.lgs. n. 274 del 2000)
arresto: non consentito
fermo: non consentito
custodia cautelare in carcere: non consentita
altre misure cautelari personali: non consentite
procedibilità: a querela di parte

Art. 595 c.p. Diffamazione.
[I]. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 1.032 euro (1).
[II]. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a 2.065 euro (1).
[III]. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa [57-58-bis, 596-bis] o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità [615-bis], ovvero in atto pubblico [2699 c.c.], la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 516 euro (2) (3).
[IV]. Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio [342], le pene sono aumentate [64, 596-599] (2).

(1) V. art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di competenza penale del giudice di pace. V. inoltre la norma transitoria di cui all'art. 64 d.lgs. n. 274, cit. Per le ipotesi di reato attribuite alla competenza del giudice di pace si applica la sanzione della multa da 258 euro a 2.582 euro o quella della permanenza domiciliare da 6 a 30 giorni o del lavoro di pubblica utilità da 10 giorni a 3 mesi.

(2) V., per il caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47. V. pure art. 304l. 6 agosto 1990, n. 223.
(3) Per un'ulteriore ipotesi di aumento di pena, v. art. 36 l. 5 febbraio 1992, n. 104.

competenza: Trib. monocratico (3° e 4° comma e in caso di aggravanti exart. 43 d.lgs. n. 274 del 2000); Giudice di pace (1° e 2° comma)
arresto: non consentito
fermo: non consentito
custodia cautelare in carcere: non consentita
altre misure cautelari personali: non consentite
procedibilità: a querela di parte

Art. 596 *bis* c.p. Diffamazione col mezzo della stampa (1).
[I]. Se il delitto di diffamazione è commesso col mezzo della stampa [5953] le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche al direttore o vice-direttore responsabile, all'editore e allo stampatore, per i reati preveduti negli articoli 57, 57-bis e 58.

(1) Articolo inserito dall'art. 4 l. 4 marzo 1958, n. 127. In materia di trasmissioni radiofoniche o televisive, v. art. 30 l. 6 agosto 1990, n. 223.

Legge 8.2.1948, n. 47 – Disposizioni sulla stampa (1).

(1) Il d.lg. 19 febbraio 1998, n. 51, ha soppresso l'ufficio del pretore e, fuori dai casi espressamente previsti dal citato decreto, le relative competenze sono da intendersi trasferite al tribunale ordinario. Lo stesso decreto ha soppresso l'ufficio del pubblico ministero presso la pretura circondariale e ha provveduto a trasferirne le relative funzioni all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale ordinario. Inoltre, qualora il presente provvedimento attribuisca funzioni amministrative alternativamente al pretore e ad organi della P.A., le attribuzioni pretorili si intendono soppresse; sono altresì soppresse le funzioni amministrative di altre autorità giurisdizionali, eccezion fatta per il giudice di pace, se attribuite in via alternativa tanto al pretore che ad organi della P.A.

Art. 13. Pene per la diffamazione.
Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000 (1).

(1) La misura della multa è stata così elevata dall'art. 113, secondo comma, l. 24 novembre 1981, n. 689. Per effetto dell'art. 24 c.p. l'entità della sanzione non può essere inferiore a lire 10.000. La sanzione è esclusa dalla depenalizzazione in virtù dell'art. 32, secondo comma, della citata l. 689/1981.

Legge 6.8.1990, n. 223 – Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (1) (2).

(1) Vedi, l. 31 luglio 1997, n. 249 istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.
(2) Il Ministro/Ministero delle poste e delle telecomunicazioni assume la denominazione di Ministro/ Ministero delle comunicazioni ai sensi dell'art. 1, l. 31 luglio 1997, n. 249. Allo scopo di agevolarne la lettura, nel presente provvedimento la nomenclatura dei Ministri e dei Ministeri è stata comunque aggiornata sulla base degli accorpamenti e delle soppressioni intervenute negli ultimi anni.

Art. 30. Disposizioni penali.
1. Nel caso di trasmissioni radiofoniche o televisive che abbiano carattere di oscenità il concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione è punito con le pene previste dal primo comma dell'articolo 528 del codice penale.
2. Si applicano alle trasmissioni le disposizioni di cui agli articoli 14 e 15 della legge 8 febbraio 1948, n. 47.
3. Salva la responsabilità di cui ai commi 1 e 2 e fuori dei casi di concorso, i soggetti di cui al comma 1 che per colpa omettano di esercitare sul contenuto delle trasmissioni il controllo necessario ad impedire

la commissione dei reati di cui ai commi 1 e 2 sono puniti, se nelle trasmissioni in oggetto è commesso un reato, con la pena stabilita per tale reato diminuita in misura non eccedente un terzo.
4. Nel caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall'articolo 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47.
5. Per i reati di cui ai commi 1, 2 e 4 del presente articolo si applicano le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. Per i reati di cui al comma 4 il foro competente è determinato dal luogo di residenza della persona offesa.
6. Sono puniti con le pene stabilite dall'articolo 5-bis del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 giugno 1974, n. 216, e successive modificazioni, il titolare di concessione di cui all'articolo 16 o di concessione per servizio pubblico ovvero la persona dagli stessi delegata che violi le disposizioni di cui agli articoli 12, 13, 14, 17 e di cui al comma 2 dell'articolo 37 della presente legge. Le stesse pene si applicano agli amministratori della società titolare di concessione ai sensi dell'articolo 16 o di concessione per servizio pubblico o che comunque la controllano direttamente o indirettamente, che non trasmettano al Garante l'elenco dei propri soci.
7. (Omissis) (1).

(1) Sostituisce l'art. 195, d.p.r. 29 marzo 1973, n. 156.

D.Lgs. 30.6.2003, n. 196 – Codice in materia di protezione dei dati personali. (1) (2) (3) (4) (5)

(1) Il Regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari presso il Garante per la protezione dei dati personali è stato emanato con Deliberazione 29 dicembre 2005, n. 26.
(2) Per la riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui al presente decreto, vedi l'articolo 44, comma 11, del D.L. 30 dicembre 2008, n. 207.
(3) In riferimento al presente decreto vedi: Circolare INPS 6 marzo 2007, n. 50° Circolare del Ministero dell'Interno 4 giugno 2009, n. 46; Circolare AGEA 6 luglio 2009, n. 42.; Circolare AGEA 7 luglio 2010, n. 25; Circolare AGEA 7 giugno 2010, n.19; Circolare INPS 16 gennaio 2009, n. 5.
(4) Per l'attuazione del presente decreto vedi l'art. 1053 del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90.
(5) In riferimento alla presente legge vedi: Circolare INPS 25 febbraio 2009, n. 33; Circolare INPS 25 febbraio 2009, n. 32; Circolare INPS 25 febbraio 2009, n. 31; Circolare INPS 25 febbraio 2009, n. 25.

Art. 167. Trattamento illecito di dati
1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi.
2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Sulla responsabilità per diffamazione a carico del giornalista:

Cass. civ., 24.4.2008, n. 10686, in Foro *it.*, dvd

A carico del cronista sussiste sempre il limite della verità della notizia che egli ha il dovere giuridico di controllare per evitare che la stampa si traduca in una cassa di risonanza delle offese alla reputazione, anche se non condivise dal giornalista.

Cass. pen., Sez. V, 8.4.1999, Canapini, in *CED Cass.*, rv. 213176

Il giornalista partecipa alla diffamazione con il proprio contributo causale e ne risponde secondo lo schema del concorso di persone nel reato, ove il fatto non sia giustificato dallo ius narrandi collegato al limite della verità della notizia, che egli ha il dovere di controllare, per evitare che la stampa diventi cassa di risonanza delle contumelie e delle malevoli critiche di terzi.

Cass. pen., Sez. V, 20.10.1983, Scalfari, in *Giust. pen.*, 1984, II, 655

La pubblicazione anche fedele delle dichiarazioni di terzi, che siano lesive della reputazione altrui, costituisce veicolo tipico di diffusione della diffamazione; a questa il giornalista partecipa con apporto causale predominante e ne risponde, entro lo schema del concorso di persone nel reato, qualora il fatto non sia giustificato dall'esercizio dello jus narrandi, collegato al limite della verità della notizia, che egli ha il dovere giuridico di controllare, per evitare che la stampa, deviando dalla sua retta funzione informatrice, si trasformi in cassa di risonanza delle offese della reputazione.

Sul rapporto con legge stampa

Cass. pen., Sez. III, 11.12.2008, n. 10535, in *Foro it.*, 2010, II, 95

Gli interventi dei partecipanti al forum in questione, invero, non possono essere fatti rientrare nell'ambito della nozione di stampa, neppure nel significato più esteso ricavabile dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, art. 1, che ha esteso l'applicabilità delle disposizioni di cui alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, art. 2 (legge sulla stampa) al prodotto editoriale, stabilendo che per tale, ai fini della legge stessa, deve intendersi anche il prodotto realizzato... su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico.

Il semplice fatto che i messaggi e gli interventi siano visionabili da chiunque, o almeno da coloro che si siano registrati nel forum, non fa sì che il forum stesso, che è assimilabile ad un gruppo di discussione, possa essere qualificato come un prodotto editoriale, o come un giornale on-line, o come una testata giornalistica informatica. Si tratta quindi di una semplice area di discussione, dove qualsiasi utente o gli utenti registrati sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile a tutti gli altri soggetti autorizzati ad accedere al forum, ma non per questo il forum resta sottoposto alle regole ed agli obblighi cui è soggetta la stampa (quale quello di indicazione di un direttore responsabile o di registrazione) o può giovarsi delle guarentigie in tema di sequestro che l'art. 21 Cost., comma 3, riserva soltanto alla stampa, sia pure latamente intesa, ma non genericamente a qualsiasi mezzo e strumento con cui è possibile manifestare il proprio pensiero. D'altra parte, nel caso in esame, neppure si tratta di un forum strutturalmente inserito in una testata giornalistica diffusa per via telematica, di cui costituisca un elemento e su cui il direttore responsabile abbia la possibilità di esercitare il controllo (così come su ogni altra rubrica della testata).

Tribunale di Milano, Sez. pen., 21.6.2010, in *Guida dir.*, 2010, 44, 28 (con nota di Dudan-Melzi D'Eril)

L'inclusione nella nozione di "stampa" dei nuovi mezzi di espressione del libero pensiero (quali "newsletter", "blog", "newsgroup", "mailing list", "chat", messaggi istantanei ecc.) non può avvenire prescindendo dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi.

E poiché la stampa è sottoposta a regole e obblighi (indicazioni obbligatorie, direttore responsabile e

registrazione) e tali requisiti, in quanto finalizzati a identificare preventivamente i responsabili e pertanto a tutelare la collettività, sono imprescindibili per ottenere l'applicazione delle garanzie in tema di sequestro, solo in presenza di tali presupposti si possono applicare al prodotto editoriale pubblicato su supporto informatico le stesse garanzie previste per la stampa cartacea, tra cui la non sequestrabilità. In caso contrario, infatti, si determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra chi pubblichi un art. su supporto cartaceo e l'art. "on line".
In assenza dei presupposti previsti dalla norma inapplicabili le garanzie sulla non sequestrabilità, secondo i quali pur ritenendo corretto ammettere la «possibilità di dilatare la regola dell'articolo 21, comma 3 della Costituzione dagli stampati ad altre e nuove forme di espressione obiettivamente simili. Non sembra viceversa altrettanto corretto introdurre condizioni ulteriori, non contenute nella disposizione originaria. Il collegio amplia il divieto di sequestro al prodotto editoriale , e quindi anche ai testi diffusi tramite internet, a esso riconducibili ricordando come quest'ultimo debba rispettare i requisiti individuati dalla legge stampa per i periodici. Con ciò tuttavia, sembra non avvedersi che (...) la disposizione il cui ambito va esteso non riguarda affatto i periodici, né è contenuta nella legge n. 47/1948; si tratta viceversa dell'articolo 21, comma 3, della Costituzione, che si riferisce alle più generale categoria degli stampati».

Tribunale di Padova 1.10.2009, (ord.), in *Foro it.*, 2009, I, 3225
(Conforme: Trib. Milano, 16.5.2002, n. 6127, in *Riv. Resp. Civ. e prev.*, 2004, 214, con nota di PERON)
Alla luce della complessiva normativa in tema di pubblicazioni diffuse sulla rete internet, risulta ormai acquisito all'ordinamento giuridico il principio della totale assimilazione della pubblicazione cartacea a quella diffusa in via elettronica, secondo quanto stabilito esplicitamente dall'art. 1 della legge n. 62/2001. Tale definizione incide ed amplia quella contenuta nel r.d.lgs. n. 561/1946, secondo cui non si può procedere al sequestro delle edizioni dei giornali, di pubblicazioni o stampati contemplati nell'editto della stampa 26.3.1848, n. 695 se non in virtù di una sentenza irrevocabile.

Ufficio Indagini preliminari, Trib. Isernia, 4.6.2010
I siti privi di carattere meramente informativo, quali i blog *e i* news-group*, non sono assoggettati, ai fini penali, alla disciplina della legge sulla stampa.*

Sulla responsabilità del direttore ex art. 57

Cass. pen., Sez. V, 22.1.2003, n. 7998, in *Dir. giust.*, 2003, 10, 105
La diffamazione commessa dal giornalista con il mezzo della stampa rappresenta l'evento del reato colposo attribuibile al direttore responsabile, ai sensi dell'art. 57 c.p.
La condotta omissiva di costui, infatti, consiste nel non aver attivato i dovuti controlli per evitare che, col mezzo della stampa e sul periodico da lui diretto, si ledesse la reputazione di terze persone. Ne consegue che, se il delitto ex art. 595 c.p. non risulta essere stato posto in essere nella sua interezza (vale a dire: se non risultano presenti tanto la condotta, quanto l'elemento psicologico), la fattispecie colposa omissiva prevista a carico del direttore non può trovare applicazione.

Cass. pen., Sez. V, 5.11.2004, n. 46311, in *Giur. it.*, 2005, 2385 (con nota di FALCINELLI)
Il controllo che il direttore responsabile è tenuto ad esercitare si esplica non solo in un momento antecedente rispetto alla composizione del pezzo ma anche e soprattutto dopo di essa, prima che lo scritto pervenga al vasto pubblico dei lettori.
La responsabilità del direttore è infatti di natura colposa e non si concretizza nella generica negligenza, imprudenza o imperizia, ma nell'inosservanza del precetto dell'art. 57 c.p., che impone di attuare il dovuto controllo al fine di impedire che siano commessi reati col mezzo della pubblicazione.

Cass. pen., Sez. V, 11.6.2010, n. 30065*,* in *www.dejure.it*
Appare errato (oltre che, ancora una volta, superfluo) il richiamo alla legge n. 47/1948, art. 13, relativo alla diffamazione a mezzo stampa, atteso che un quotidiano telematico, pur essendo certamente un giornale, non di meno non può essere ricondotto al concetto di stampato. Ne consegue la differenza di trattamento

sanzionatorio (che, per il ricordato art. 13, in presenza di fatto determinato, comporta reclusione da uno a sei anni); ne consegue ancora, ad es., la inapplicabilità del disposto di cui all'art. 57 c.p.

Sulle aggravanti

G.I.P. Tribunale Oristano 6.6.2000, in *Giur. merito*, 2003, 1477
Nell'ipotesi di diffamazione commessa attraverso internet, non sono applicabili né l'art. 13, legge n. 47/1948, che punisce la diffamazione a mezzo stampa, né l'art. 30, comma 4, legge n. 223/1990, che sanziona la diffamazione commessa tramite trasmissioni radiofoniche o televisive, ma può configurarsi il delitto di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 2 e 3, c.p., consistente nell'attribuzione di fatti determinati mediante altri mezzi di pubblicità.

Sulle scriminanti

Cass. civ., 3.3.2010, n. 5081, in *Dir. giust.*, 2010
Il diritto di cronaca è legittimamente esercitato se il giornalista riporta la verità oggettiva o anche solo putativa della notizia. L'esposizione dei fatti deve essere il frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca, il cui onere probatorio in sede processuale grava sul giornalista unitamente a quello del riscontro delle fonti utilizzate.

Tribunale di La Spezia, 23.3.2009, in *Riv. pen.*, 2009, 1158
In tema di diffamazione tramite internet, le opinioni veicolate on-line risultano rispettose del diritto di cronaca e di quello di critica qualora osservino i limiti rappresentati dalla rilevanza sociale dell'argomento, dalla verità obiettiva dei fatti riferiti e dal rispetto della continenza nelle espressioni utilizzate, che va accertata dal giudice di merito.

Cass. pen., sez. V, 11.6.2010, n. 30065, in *www.dejure.it*
Nessuna differenza può fare il fatto che esse non abbiano circolato sulla carta stampata, ma solo «in rete», essendo evidente che non è certo la natura del mezzo che può render lecito il messaggio intrinsecamente contra jus. I confini del lecito e del vietato sono, infatti, identici in internet e nel « resto del mondo». E se certo costituisce diffamazione la diffusione di messaggi denigratori su mailing list, anche riservate (essendo sufficiente la comunicazione con più persone, anche se avviene in una cerchia di utenti, ristretta e chiusa e, appunto, riservata), a maggior ragione ciò si verifica quando il mezzo di diffusione è addirittura un giornale (benché telematico).

Dottrina

La materia offre spunto per approfondimenti molto cospicui.

– Cimino, «Art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali», in *Dir. inf.*, 2009, 772;
– Corrias Lucente, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000;
– Costanzo, «Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa», in *Dir. inf.*, 2000, 659;
– Costanzo, «Profili costituzionali in internet», in Aa.Vv., *I problemi giuridici di internet*, a cura di Tosi, Milano, 2003;
– D'avanzo, «Così colpisce la fabbrica dei Dossier», in *La Repubblica* 11 ottobre 2010, *http://www.repubblica.it/politica/2010/10/11/news/dossier_d_avanzo7933677/?ref=HRER1-1*
– Di Lello, «Internet e costituzione: garanzia del mezzo ed i suoi limiti», in *Dir. inf.*, 2007, 897;
– Martinelli, «Articoli dai contenuti diffamatori: i direttori dei giornali on-line non rispondono di "omesso controllo"», in *Diritto e Giustizia,* 2010, 462;
– Peron, «Internet, regime applicabile per i casi di diffamazione e responsabilità del direttore», in *Resp. civ. e prev., 2011, 1, 85;*

– Russo, «Internet, libertà di espressione e regole penali: spunti di riflessione a margine di una pronuncia in tema di diffamazione», in *Foro it*., 2000, II, 663;
– Zeno Zenovich, «La legge sui prodotti editoriali elettronici nella L. 7 marzo 2001, n. 62 e il preteso obbligo di registrazione», in *Dir. inf.,* 2001, 167;
– Zeno Zenovich, «La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche», in *Dir. inf.,* 1998, 15 ss.

Conclusioni

È ben fondato ritenere che circolino, con dignità di "verità" dei , dei mezzi fatti, dei fatti storti (ed altri distorti), dicerie, circostanze irrilevanti, nonché falsi indiscutibili[1], *false credenze* in ordine alla verità delle informazioni in rete e/o nei mezzi di comunicazione tradizionali, che finiscono con l'attribuirsi veridicità reciproca: la c.d. «*cassa di risonanza*», i cui effetti sono stati esaminati anche dalla Corte di cassazione[2].
Internet, in quanto mezzo di comunicazione di massa, rientra a pieno titolo nella tutela di cui alla norma costituzionale sulla libera manifestazione del pensiero. Anzi, è stato rimarcato come, « grazie alla facilità di accesso, all'interattività e alla copertura mondiale», internet sia il « solo mezzo che possa dare concreta attuazione al diritto sancito dall'art. 21 Cost., nel duplice senso di esprimere liberamente il proprio pensiero, diffonderlo e di assicurare la pluralità delle fonti informative»[3].
Alla tutela – anche di copertura costituzionale – della libertà di manifestazione delle proprie opinioni si affianca, ed a volte contrappone, l'altrui diritto alla riservatezza, all'onore ed alla protezione della propria immagine.

Svolgimento del parere per esteso

La prima importante ed ovvia conseguenza, sul piano giuridico, del combinato disposto delle norme costituzionali concernenti diritto all'onore ed alla riservatezza e – dall'altro lato – diritto alla libera manifestazione delle proprie opinioni, è che anche per la rete la libertà di manifestazione del pensiero soggiace solo ai ben noti limiti, imposti dalla tutela della persona umana (parimenti tutelati dalla Costituzione agli artt. 2 e 3), i quali si concretizzano altresì nella tutela del diritto all'immagine, al nome, alla reputazione etc.
Ev difatti indiscusso ed indiscutibile che col mezzo di internet si possano commettere reati di manifestazione del pensiero (anzi, secondo la Cassazione, è «*addirittura intuitivo*»[4], quali, esemplificativamente, ingiurie, diffamazioni, vilipendi, diffusioni di scritti immagini o disegni osceni, istigazioni ed apologie di reati etc.
Dopo aver ricordato al cliente la nozione di diffamazione, il legale soggiunge ancora che poiché essa integra un reato c.d. di evento, che si consuma nel momento e nel luogo in cui i

[1] *Cfr. D'avanzo, Così colpisce la fabbrica dei Dossier, cit.*

[2] *Cfr. Cass. 24.4.2008, n. 10686; Cass. 8.4.1999, Canapini; Cass. 20.10.1983, Scalfari.*

[3] *Di Lello, «Internet e costituzione: garanzia del mezzo ed i suoi limiti», in* Dir. inf.*, 2007, 897.*

[4] *Cass. pen., Sez. V, 27.12.2000, P.M. in proc. contro ignoti, in* Resp. Civ. e prev.*, 2001, 309.*

terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa (da qui peraltro nasce una questione di competenza territoriale nel caso di specie,che verrà svolta nell'atto), la giurisprudenza più recente ha stabilito, quanto al requisito della pluralità dei percettori di messaggi diffamatori, che questo è da ritenere *presunto*, qualora le espressioni siano inserite in un sito internet, che è per sua natura destinato ad essere normalmente visitato da un numero indeterminato di soggetti, analogamente a quanto si presume nel caso di un tradizionale giornale a stampa, nulla rilevando l'astratta possibilità che la sua conoscenza sfugga a tutti o a determinati soggetti (Cass. pen., Sez. V, 22.4.2010, n. 34916, in *www.dejure.it.* Conforme anche Cass. pen., Sez. V, 4.4.2008, n. 16262, *ivi*; e Cass. pen., Sez. V, 21.6.2006, in *Foro it.*, 2007, II, 486, con nota redazionale di Di Fresco).

Ancora a proposito di diffamazione *on line*, la Cassazione, premessa l'applicabilità della relativa scriminante, ha ritenuto opportuno individuare i binari entro i quali le opinioni veicolate *on line* risultano rispettose del diritto di cronaca e di quello di critica.

A tale riguardo, la Cassazione, sez. V, n. 31392/2008 afferma il principio secondo cui la manifestazione del diritto di cronaca e anche di critica, che spetta, ex art. 21 Cost., ad ogni individuo *uti civis*, è tuttavia sottoposta, anche nell'ambito di un sito *web*, all'osservanza di limiti, rappresentati dalla rilevanza sociale dell'argomento, dalla verità obbiettiva dei fatti riferiti e dal rispetto della continenza nelle espressioni utilizzate, che va accertata dal giudice di merito (conforme anche Trib. La Spezia 10.4.2009, n. 293, in *www.dejure.it*).

Anche per le informazioni diffuse via internet occorrerà quindi procedere al necessario bilanciamento tra i diritti di rango costituzionale.

Con la conseguenza che in internet il diritto di informazione ben potrà esercitarsi anche qualora ne derivi una lesione dell'altrui reputazione, prestigio o decoro, a condizione che si tratti di un argomento di pubblico interesse (c.d. *pertinenza*), che siano rispettati i limiti dell'obiettività e della correttezza della forma espressiva (c.d. *continenza*) e che l'informazione sia sostanzialmente veritiera[5] (con il conseguente dovere di esaminare, verificare e controllare in termini di adeguata serietà professionale la consistenza delle fonti informative[6].

Peraltro l'onere di controllo delle fonti non « può ritenersi assolto nel caso in cui la notizia sia già stata pubblicata da altri, qualora la fonte non dia garanzie di certezza e quindi, a maggior ragione, non può ritenersi adempiuto (...) laddove la notizia era stata acquisita da internet, dal passaggio sui telefonini e dalle voci che su di essa circolavano»[7].

Il caso sottoposto all'attenzione del legale presenta aspetti peculiari posto che la condotta si è estrinsecata tramite sito internet

Caio risponde infatti di immissione di contenuti diffamatori su un sito, sia pur straniero, ma accessibile in rete.

L'ipotesi della diffamazione mediante creazione (o contribuzione alla creazione del contenuto) di siti internet, ove veicolate le informazioni false ed ingiuriose, ha già registrato alcuni casi in giurisprudenza.

[5] *Trib. La Spezia 23.3.2009, in* Riv. pen.*, 2009, 1158.*

[6] *Cass. civ., 3.32010, n. 5081, in* Dir. giust.*, 2010.*

[7] *Trib. Torino 11.6.2010, in* www.dejure.it.

Il Tribunale di Bari ha ritenuto costituire ipotesi di « diffamazione aggravata col mezzo della pubblicità, la creazione di un sito internet di fantasia, recante immagini di contenuto erotico, al quale venga associato il nome ed il recapito telefonico di persona realmente esistente»[8].

La ulteriore particolarità del caso di specie è costituita dall'esservi stata diffusione di notizie ed immagini tramite blog

Cio avrebbe dato notizia della pubblicazione di contenuti infamanti la propria ex moglie anche su di un blog da lui gestito.

Il secondo punto in diritto da affrontare è quindi la figura della responsabilità del blogger per i reati contro l'onore.

Il *leading case* in materia è rappresentato dalla sentenza del Trib. Aosta 26.5.2006, ove si è decisa una fattispecie di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo di pubblicità, costituito dal sito *web*.

Secondo quella decisione (poi superata), «Va subito rilevato che, essendosi provato l'imputato era il soggetto che aveva in disponibilità la gestione del blog, egli risponde ex art. 596 *bis* c.p., essendo la sua posizione identica a quella di un direttore responsabile». O, meglio colui che gestisce il *blog* altro non è che il direttore responsabile dello stesso, pur se non viene formalmente utilizzata tale forma semantica per indicare la figura del gestore e proprietario di un sito Internet, su cui altri soggetti possano inserire interventi.

Ma, evidentemente, la posizione di un direttore di una testata giornalistica stampata e quella di chi gestisce un blog (e che, infatti, può cancellare messaggi) è – *mutatis mutandis* – identica. Il gestore di un blog ha infatti il totale controllo di quanto viene postato e, per l'effetto, allo stesso modo di un direttore responsabile, ha il dovere di eliminare quelli offensivi.

Diversamente, vi è responsabilità penale ex art. 596 bis c.p.

Ciò premesso, per valutare se le affermazioni sul *blog* siano diffamatorie occorre riportarsi ai pacifici canoni giurisprudenziali costituiti da:

- interesse pubblico alla conoscenza;
- verità del fatto;
- correttezza del linguaggio.

Dal canto suo, però, la Suprema Corte ha sostenuto (Cass., sez. III^, n. 10535 del 2009) che, poiché i messaggi contenenti espressioni giudicate offensive e residenti su un *forum* ospitato da un sito *web* non sono tutelati dalla legge n. 47 del 1948, non rientrando nella nozione di "stampa"; e ciò implica che, fra l'altro, il titolare del sito (il quale pone semplicemente a disposizione una piattaforma virtuale per i contenuti di terzi) non può per ciò stesso risultare destinatario della responsabilità per omesso controllo di documenti altrui ivi inseriti.

Più in generale, si può affrontare l'analisi della figura del direttore di stampa on line

Anche più recentemente la Cassazione ha consolidato l'orientamento suesposto: con decisione del 16.7.2010 n. 35511, i giudici della sezione V penale[9] hanno stabilito infatti che il diret-

[8] *Trib. Bari-Molfetta 18.2.2003, in* Dir. giust.*, 2003, 23, 83.*

[9] *In Diritto e Giustizia 2010, 462, con nota di Martinelli, Articoli dai contenuti diffamatori: i direttori dei giornali on-line non rispondono di "omesso controllo".*

tore di un giornale *on line* non risponde di "omesso controllo" in caso di pubblicazioni, sul sito che dirige, di testi o articoli dai contenuti diffamatori. La sentenza spiega a chiare lettere che il reato previsto dall'art. 57 c.p. che punisce il direttore di un giornale per non aver vigilato sul contenuto delle pubblicazioni, non può essere applicato al Web perché la norma riguarda solo la carta stampata.
In quella sentenza si legge un passaggio molto importante per la soluzione del quesito offerto dalla traccia. Scrive infatti ancora la Corte che una delle caratteristiche tipiche del Web è l'interattività tra giornale e lettori, da cui conclude che un direttore non può controllare i contenuti inseriti dagli utenti.
A sostegno di tale argomentazione la sentenza ricorda che non rispondono dei reati commessi in rete gli *access provider*, i *service provider*, gli *hosting provider*, i coordinatori dei *blog* e dei *forum*, a meno che non siano al corrente del contenuto criminoso del messaggio diramato. In tal caso però rispondono di concorso nel reato di diffamazione e non già di omesso controllo. Infatti – è scritto nella motivazione – l'art. 57 c.p. non è applicabile al giornale telematico. La lettera della legge e la sua *ratio* fanno riferimento al concetto di "stampa", concetto nel quale non può essere ricompresa l'informazione *on line* né può pensarsi a una interpretazione analogica. Sul punto, dottrina e giurisprudenza sono concordi. D'altra parte, il solo fatto che siano state presentate più proposte di legge, non ancora approvate, per estendere lo portata dell'art. 57 c.p. anche al direttore di un giornale telematico, rappresenta ulteriore riprova del fatto che, allo stato, egli non debba e non possa rispondere per omesso controllo.

Ad un livello più alto di responsabilità, poi, si può affrontare quella legata alla figura del c.d. provider
Sotto questo profilo, non può non citarsi il caso Google–Vividown, se non altro per la risonanza che ha ricevuto anche al di fuori dello stretto ambito giuridico. Come ormai notorio, nell'ambito della sezione Google Videos viene caricato un filamto, della durata di circa tre minuti, in cui si vedono tre ragazzi insultare e malmenare un compagno affetto da sindrome di Down. Nonostante i c.d *flagging* negativi e le mail di protesta, la clip resta visibile per oltre due mesi, tanto da risultare anche classificata tra i video "più divertenti".
La Procura di Milano chiede il rinvio a giudizio di quattro alti funzionari di Google con l'accusa di "aver offeso la reputazione" dell'associazione Vividown e dello studente disabile e aver "omesso il corretto trattamento dei dati personali". Quindi da un lato si tratta di "concorso in diffamazione aggravata" (art. 110, 40 comma 2, 385 commi 1 e 3 c.p.) e dall'altro di illecito trattamento di dati personali, in particolare attinenti alla salute, a scopo di profitto (art. 167 del Codice in materia di protezione dei dati personali, o più brevemente, Codice privacy).
L'associazione Vivi-Down, il Comune di Milano, e il padre dello studente disabile si inserivano nel procedimento quali parti civili, chiedendo il risarcimento dei danni.
Secondo il pubblico ministero, la responsabilità penale dei dirigenti di Google risulterebbe dal loro comportamento omissivo: i dirigenti avevano l'obbligo giuridico di prevenire la diffamazione esercitando un controllo preventivo sui contenuti caricati sul sito Google-Videos, obbligo a quale essi non avrebbero ottemperato. Data l'esistenza di questo obbligo, l'omissione delle misure preventive contro la diffusione on-line di filmati offensivi equivarrebbe ad aver causato tale diffusione (secondo l'art. 40 c.p., «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo»). L'esistenza dell'obbligo di controllare e prevenire, deriverebbe dal fatto che Google, secondo il pubblico ministero, non

è un mero *host provider*, non si limita ad ospitare nei propri computer contenuti prodotti da altri, rendendoli accessibili in rete. Al contrario, Google sarebbe un fornitore di contenuti (*content provider*), su cui grava l'obbligo giuridico di elaborare correttamente i dati personali inseriti in quei contenuti, adempiendo alle norme del Codice privacy. In conclusione, secondo il pubblico ministero la mancata corretta elaborazione dei dati personali (il fatto che fossero caricati e resi disponibili mediante Internet dati personali al di fuori delle condizioni previste dalla legge) avrebbe causato la diffamazione e quindi i dirigenti di Google, che avrebbero dovuto assicurare la corretta elaborazione dei dati, sarebbero responsabili per il reato di diffamazione. Il giudice rispondeva che – benché egli si augurasse l'emanazione di "una buona legge che costruisca una ipotesi di responsabilità penale per il mondo dei siti Web (magari colposa, ed allora sì per omesso controllo)" – allo stato del diritto vigente doveva riscontrare l'assenza di un obbligo generale di controllo a carico dei fornitori di servizi di *hosting* . Pertanto assolveva gli imputati dall'accusa di diffamazione: poiché Google non aveva l'obbligo di prevenire il caricamento di materiali offensivi sul proprio sito, essa non poteva essere ritenuta responsabile per la diffamazione conseguente alla diffusione di quei materiali.

Va però tenuto sempre in conto il principio di non assimilabilità della pagina web allo stampato
Analogo discorso la Corte ha fatto per quel che riguarda lo assimilabilità di ciò che Internet diffonde nel Web al concetto di stampato. Perché possa parlarsi di stampa in senso giuridico occorrono due condizioni che certamente il nuovo strumento di informazione non realizza:
a) che vi sia una riproduzione tipografica, *b*) che il prodotto di tale attività sia destinato alla pubblicazione e quindi debba essere effettivamente distribuito tra il pubblico. Il fatto che il messaggio Internet e dunque anche la pagina del giornale telematico si possano stampare non appare circostanza determinante, in ragione della mera eventualità, sia oggettiva, che soggettiva. Sotto il primo aspetto, si osserva che non tutti i messaggi trasmessi via Internet sono "stampabili": si pensi ai video, magari corredati di audio; sotto il secondo, basta riflettere sulla circostanza che, in realtà, è il destinatario colui che, selettivamente ed eventualmente, decide di riprodurre a stampa la "schermata". E se è pur vero che la "stampa" ha certamente a oggetto messaggi destinati alla pubblicazione, è altrettanto vero che deve trattarsi di comunicazioni che abbiano veste di riproduzione tipografica[10].
La sentenza a cui si fa riferimento è importante anche per un altro profilo: l'imputato sosteneva che la pagina *web*, asseritamente diffamatoria, non fosse disponibile nell'archivio del suo giornale *on line*, quindi ne sosteneva la falsità.
Il punto introduce il nuovo tema del c.d. archivio informatico delle testate.
Sul punto, il Tribunale di Milano ha ritenuto che la disponibilità *on-line* dell'archivio informatico (oggi resa possibile grazie ai numerosi progressi tecnologici) «non può essere assimilata alla tradizionale consultazione dei giornali su supporto cartaceo nelle emeroteche: i limiti di orario e di tempo propri di quest'ultima con la necessità di chiedere e ottenere svariati volumi e di effettuare le ricerche pagina per pagina con risultati comunque incerti, non si rinvengono nelle nuove ricerche *on-line* che forniscono in pochi attimi un risultato certo, ovunque ci si trovi a qualunque ora e in qualsiasi giorno»[11].

[10] *Martinelli,* op. cit.

[11] *Trib. Milano, Sez. civ., 16 ottobre 2004, n. 11848, in* Dir. inf., *2004, 855 ss.*

Ad avviso del Giudice ambrosiano, tale «accessibilità incomparabilmente più rapida, veloce ed estesa, costituisce una forma di nuova ed ulteriore diffusione del pezzo, idonea ad amplificarne anche le potenzialità lesive».
In questa fattispecie è stata offerta quindi la prova contraria alla vicenda decisa dalla Cassazione, perché il messaggio diffamatorio è stato rinvenuto. Ecco perché il Tribunale di Milano ha altresì accolto la richiesta del diffamato di eliminare dall'archivio informatico l'articolo diffamatorio, sul presupposto che la rettifica di dati informatici registrati in una banca dati, e funzionale alla cessazione di una loro illecita divulgazione, è comunque prevista dalla normativa in materia di *privacy* e che l'equiparazione tra pubblicazione cartacea e telematica è prevista ai soli fini della legge n. 62/2001, recante provvidenze economiche per l'editoria, e non anche ai fini dell'estensione alle testate telematiche delle garanzie di cui godono quelle cartacee *ex* art. 21 Cost.[12].
Al riguardo, tuttavia, si veda Garante Privacy, 8.4.2009, n. 1617673, in *www.garanteprivacy.it*, il quale ha ritenuto che « l'adozione di misure volte a non rendere indicizzabile attraverso i motori di ricerca documenti attinenti a fatti di cronaca risalenti nel tempo pubblicati sui siti di informazione (ferma restando la loro reperibilità nell'archivio interno al sito stesso), può assicurare il giusto bilanciamento tra esigenze di completezza dell'informazione e di ricerca storica su tali fatti e quelle di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona» (conforme anche Garante Privacy, 24.12.2009, n. 28070, in *www.personaedanno.it*).

Traccia per la redazione di atto di appello

(segue da traccia precedente)
Tizia ha sostenuto che la notizia della pubblicazione delle sue foto sia rimbalzata anche su Facebook.
Caio si rivolge al legale quando ormai in primo grado è già stato condannato, per cui l'avvocato dovrà valutare la fondatezza di un atto di appello che, tenendo conto delle risultanze del dibattimento, riesca ad inficiarne le conclusioni che il Giudice di prime cure ne ha tratto.
Nel caso di specie non potrà esimersi dall'affrontare l'ulteriore aspetto della canalizzazione "per rimbalzo" delle notizie e delle immagini diffamatorie su social network.

Analisi della questione

Tornando al concetto di stampa, diffamazione e uso di internet, le medesime conclusioni già viste valgono anche in caso di utilizzo di *social network.* Ad esempio, il Tribunale di Monza ha recentemente deciso che « coloro che decidono di diventare utenti di *Facebook* sono ben consci non solo delle grandi possibilità relazionali offerte dal sito, ma anche delle potenziali esondazioni dei contenuti che vi inseriscono: rischio in una certa misura indubbiamente accettato e consapevolmente vissuto»[13].

[12] *Sul punto, S.* Peron, *Internet, regime applicabile per i casi di diffamazione e responsabilità del direttore, in* Resp. civ. e prev. *2011, 1, 85.*

[13] *Trib. Monza, 2 marzo 2010, G.U.* Calabrò, *in* Resp. Civ. e prev., *2010, 1566.*

Norme da considerare nella redazione dell'atto

La peculiarità dell'atto richiesto al legale neo incaricato da Tizio riposa anche nel novero delle norme che non possono essergli applicate, il cui ricorso, operato in primo grado, va stigmatizzato nell'appello.

La prima attiene alla legge stampa.

La giurisprudenza che si è formata in questi ultimi anni ha escluso l'applicabilità ad internet del regime penalistico previsto dalla Legge sulla stampa (legge n. 47/1948) o dalla legge sul sistema radiotelevisivo (legge n. 223/1990).

Si ritiene difatti che la nozione di stampa non possa estendersi sino a ricomprendervi anche quella di telematica, ostandovi il tenore letterale dell'art. 1, l. n. 47/1948: «sono considerati stampa o stampati (...) tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinati alla pubblicazione».

Ora, il messaggio diffuso per via telematica, viene «sì riprodotto, ma non con mezzi tipografici e similari. E quando si materializza attraverso tali mezzi non vi è più una pubblicazione, ma un uso privato»[14].

In questo senso si è espressa anche la sentenza del Tribunale di Monza già citata, secondo cui affinché possa «parlarsi di stampa in senso giuridico (ai sensi della ricordata l. n. 47/1948, art. 1), occorrono due condizioni, che certamente il nuovo *medium* non realizza: *a*) che vi sia una riproduzione tipografica *(prius)*; *b*) che il prodotto di tale attività (quella tipografica) sia destinato alla pubblicazione e quindi debba essere effettivamente distribuito tra il pubblico *(posterius)*». Peraltro, il «fatto che il messaggio internet (e, dunque, anche la pagina del giornale telematico) si possa stampare non appare circostanza determinante, in ragione della mera eventualità, sia oggettiva, che soggettiva. Sotto il primo aspetto, si osserva che non tutti i messaggi trasmessi via internet sono *stampabili*: si pensi ai video, magari corredati di audio; sotto il secondo, basta riflettere sulla circostanza che, in realtà, è il destinatario colui che, selettivamente ed eventualmente, decide di riprodurre a stampa la *schermata*»[15].

Parimenti viene esclusa l'estensibilità alla telematica della legge che disciplina il sistema radiotelevisivo: la legge n. 223/1990, sul presupposto che la nozione legislativa di «*trasmissione* » non possa comprendere servizi di comunicazione che operano su richiesta individuale, con la conseguenza che si potrebbe ammettere l'assoggettabilità al «regime della l. n. 223/ 1990 solo a quelle trasmissioni radiofoniche o televisive che vengono diffuse attraverso una rete telematica con modalità analoghe a quelle della diffusione via etere; e cioè con una programmazione continua determinata dall'emittente e non alterabile dal ricevente nel suo contenuto e nella sua disposizione cronologica»[16].

Va infine ricordata la legge n. 62 del 7 marzo 2001 («*Nuove norme editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416*»), ed in particolare il testo dell'art. 1, comma 1, che ha definito il c.d. *prodotto editoriale* stabilendo che per esso «si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo anche elettronico».

---

[14] ZENO ZENOVICH, La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche, *in* Dir. inf., *1998, 15 ss.*

[15] *Cass. pen., Sez. V, 11.6.2010, n. 30065, cit.*

[16] ZENO ZENOVICH, La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche, *cit., 19. In senso conforme anche* G. CORRIAS LUCENTE, Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa, *Padova, 2000, 262, secondo il quale «alla nozione di televisione non sono, comunque, riconducibili i servizi di comunicazione che operano su richiesta individuale accessibili per internet».*

Il medesimo articolo, al comma 3, sancisce che «al prodotto editoriale si applicano le disposizioni di cui all'art. 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. Il prodotto editoriale diffuso al pubblico con periodicità regolare e contraddistinto da una testata costituente elemento identificativo del prodotto, è sottoposto altresì agli obblighi previsti dall'art. 5 della medesima legge n. 47/1948».
Secondo la dottrina la legge n. 62/2001 si applicherebbe, comunque, solo alle testate che intendono usufruire delle provvidenze e delle agevolazioni indicate nella legge stessa, come emergerebbe da «una semplice constatazione esegetica palesata nella prima riga della l. n. *62/2001,* la quale afferma: *Per prodotto editoriale, ai fini della presente legge, si intende .....* I fini della l. n. 62/2001 sono quelli esplicitati in 19 dei suoi 21 articoli e cioè quelli di erogazioni di provvidenze e concessione di agevolazioni a favore di taluni soggetti». Così, ZENO ZENOVICH, «La legge sui prodotti editoriali elettronici nella L. 7 marzo 2001, n. 62 e il preteso obbligo di registrazione», in *Dir. inf.*, 2001, 167. Osserva COSTANZO, «Profili costituzionali in internet», in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di L. TOSI, Milano, 2003 78, come la legge n. 61/2001, «se non ha mancato di suscitare, a sua volta, rilevanti dubbi interpretativi, ha però confermato quanto sostenuto in dottrina circa l'insufficienza di applicazioni analogiche o estensive della disciplina vigente».

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni di approfondire

Nella sentenza con la quale è stato condannato si fa uso distorto dei concetti già citati. Per confutarla, appare ancora opportuno richiamare quanto disposto dal Tribunale di Monza circa il funzionamento di *Facebook.*
Vi si legge «trattasi di un c.d. *social network* ad accesso gratuito, fondato nel 2004 da uno studente dell'Università di Harward, al quale, a far tempo dal settembre 2006, può partecipare chiunque abbia compiuto dodici anni».
In soli pochi anni ha assunto i connotati di una vera e propria rete sociale destinata a coinvolgere, in modo trasversale, un numero indeterminato di utenti o di navigatori internet. Questi ultimi partecipano creando profili contenenti fotografie e liste di interessi personali, scambiando messaggi (privati o pubblici) ed aderendo al gruppo di c.d. amici (...). Facebook, come detto, include alcuni servizi tra i quali la possibilità per gli utenti di ricevere e inviare messaggi e di scrivere sulla bacheca di altri utenti e consente di impostare l'accesso ai vari contenuti o alle stesse categorie di informazioni inserite nel profilo medesimo (...).
Ev peraltro nota agli utenti di Facebook l'eventualità che altri possano in qualche modo individuare e riconoscere le tracce e le informazioni lasciate in un determinato momento sul sito, anche a prescindere dal loro consenso, trattasi dell'attività di c.d. *tagging* che consente, ad esempio, di copiare messaggi e foto pubblicati in bacheca e nel profilo altrui oppure e-mail e conversazioni in *chat*, che di fatto sottrae questo materiale dalla disponibilità dell'autore e sopravvive alla stessa sua eventuale cancellazione dal *social network*».

Gli elementi di fatto suggeriti dalla traccia

Osserva, dunque, il Tribunale come l'aver postato un messaggio offensivo in bacheca, seguito dall'inserimento di alcuni commenti, è dimostrativo del «carattere pubblico delle offese arrecate, riconducibili in modo diretto ed immediato» al convenuto (che per tale motivo è stato condannato al risarcimento dei danni non patrimoniali quantificati in euro 15.000,00).

Individuazione della fattispecie di rilievo

Quindi anche in giurisprudenza si è sostenuto che «l'eventuale assolvimento degli obblighi previsti dalla normativa sull'editoria non varrebbe a mutare la disciplina applicabile al reato di diffamazione, in mancanza di un esplicito rinvio da parte del legislatore»[17].

A tale riguardo, peraltro, il legislatore ha altresì precisato (con la l. n. 39/2002, art. 31; e con il d.lgs. n. 70/2003, art. 7) che la registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla l. n. 62/2001.

In definitiva, la dottrina, prima, e la giurisprudenza, poi (in particolare nella sentenza qui in nota), hanno riconosciuto « l'assoluta eterogeneità della telematica rispetto agli altri *media*, sinora conosciuti e, per quel che qui interessa, rispetto alla stampa». Anche perché « differenti sono le modalità tecniche di trasmissione del messaggio a seconda del mezzo utilizzato: consegna materiale dello stampato e sua lettura da parte del destinatario, in un caso (stampa), irradiazione nell'etere e percezione da parte di chi si sintonizza, nell'altro (radio e TV), infine, trasmissione telematica tramite un ISP *(internet server provider)*, con utilizzo di rete telefonica nel caso di internet».

Opzioni difensive a disposizione

Dall'impossibilità di ricondurre il fenomeno di internet alla nozione di stampa (quanto meno sotto il profilo dell'interpretazione analogica *in malam partem*) discende che per tutte le ipotesi di dichiarazioni diffamatorie contenute in un sito internet non sarebbero applicabili né l'art. 13, l. n. 47/1948, che punisce la diffamazione a mezzo stampa, né l'art. 30, comma 4, l. n. 223/1990, che sanziona la diffamazione commessa tramite trasmissioni radiofoniche e televisive.

Esistono molti margini per un appello soddisfacente.

Buona parte della condanna a carico del cliente si fonda infatti sulla pretesa estensione al blogger e, più in genere, al soggetto che inserisca contenuti diffamatori in rete, delle aggravanti previste per la stampa, sia essa cartacea o radiotelevisiva.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere. Schema dell'atto

La giurisprudenza è evoluta in senso contrario.

Già oltre un decennio fa, il Tribunale di Oristano con sentenza 25.5.2000[18] nell'ipotesi di dichiarazioni diffamatorie contenute in un sito *web*, escluse che potesse applicarsi tanto l'art. 13, l. 47/48, che punisce la diffamazione a mezzo stampa, quanto l'art. 30, comma 4, l. n. 223/1990, che sanziona la diffamazione commessa tramite trasmissioni radiofoniche e televisive.

Ravvisò invece il delitto di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 2 e 3, c.p.,

[17] *Trib. Isernia. Osserva,* CIMINO, «Art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali»*, in* Dir. inf.*, 2009, 772, come la normativa in esame avrebbe, «espressamente esentato i prestatori del servizio, cioè (lo si ribadisce) le persone fisiche o giuridiche che svolgano una attività economica on-line, dall'obbligo giuridico (degradato a mero onere) di provvedere all'iscrizione ex art. 5 legge n. 47/1948 ed anche (verrebbe da aggiungere, a maggior ragione) dagli adempimenti di cui all'art. 2 della medesima legge sulla stampa che siano incompatibili».*

[18] *In Foro it., 2000, II, 663, con nota di C.* RUSSO, Internet, libertà di espressione e regole penali: spunti di riflessione a margine di una pronuncia in tema di diffamazione*. La sentenza è stata pubblicata anche con nota di P. COSTANZO,* «Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa»*, in* Dir. inf.*, 2000, 659.*

consistente nell'attribuzione di fatti determinati mediante altri mezzi di pubblicità (e nella specie escluse il reato perché i fatti in questione sono stati ritenuti privi di concreta attitudine diffamatoria nei confronti del querelante)».
Internet è un mezzo di informazione del tutto peculiare, a cui non può essere estesa in via analogica la disciplina dettata per la stampa (stante il divieto di estensione analogica *in malam partem*, di cui all'art 14 delle disposizioni di legge in generale, fondamentale estrinsecazione del principio del *nullum crimen sine lege*, enunciato dall'art. 25, comma 2, Cost.
In questo contesto, non possono inoltre trovare applicazione gli artt. 57 (responsabilità del direttore responsabile) (47), 57-*bis* (responsabilità dell'editore), 58 (responsabilità dello stampatore) c.p.
La Corte di cassazione ha altresì avuto modo di precisare che i c.d. *forum on-line* «non possono essere qualificati come un prodotto editoriale, o come un giornale *on-line*, o come una testata giornalistica informatica. Si tratta, infatti, di una semplice area di discussione dove qualsiasi utente, o gli utenti registrati, sono liberi di esprimere il proprio pensiero, ma non per questo il « *forum*» resta sottoposto alle regole ed agli obblighi cui è soggetta la stampa, come indicare un direttore responsabile per registrare la testata, o può giovarsi delle guarentigie in tema di sequestro che la Costituzione riserva solo alla stampa»[19].
Tuttavia prendendo le mosse dall'interpretazione evolutiva in qualche modo sottesa a tale ultima sentenza, laddove lasciava intendere che probabilmente sarebbe stato possibile giungere a risultati diversi nel caso di un «*forum* strutturalmente inserito in una testata giornalistica diffusa per via telematica, di cui costituisca un elemento e su cui il direttore responsabile abbia la possibilità di esercitare il controllo (così come su ogni altra rubrica della testata)» alcune recenti sentenze delle Corti di merito hanno espresso un orientamento parzialmente difforme a quello sin qui descritto.
In particolare, secondo il Tribunale di Milano, la «nozione di stampa dei nuovi mezzi di espressione del libero pensiero (quali *newsletter*, *blog*, *newsgroup*, *mailing list*, *chat*, messaggi istantanei e così via)», non può prescindere «dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi». In questo contesto, qualora «un sito sia destinato a contenere pubblicazioni giornalistiche concernenti notizie, comunicati e orientamenti finalizzati a formare l'opinione pubblica», è possibile «l'equiparazione tra articolo su supporto cartaceo ed articolo su supporto telematico». Ne seguirebbe che sarebbe possibile estendere anche « al prodotto editoriale pubblicato su supporto informatico» le «garanzie costituzionali previste in materia di sequestro di stampa»[20].
In questo senso, anche il Tribunale di Padova ha ritenuto ammissibile l'equiparazione dei «prodotti su supporto informatico destinati alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico a quelli cartacei e quindi la ricomprensione dei primi, in quanto prodotti editoriali, nella nozione di stampa; ciò va affermato in particolare con riferimento alle testate telematiche per le quali venga richiesta e ottenuta la registrazione, adempimento specificamente previsto per giornali e periodici. L'obbligo di recare le indicazioni di cui al comma 2 dell'art. 2, l. n. 47/1948, e di depositare i documenti di cui al successivo art. 5 e di avere quindi una struttura analoga a quella del giornale o del periodico cartaceo non può che comportare l'assimilazione anche sotto il profilo giuridico di tale pro-

[19] *Cass. pen., Sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535, in* Foro it.*, 2010, II, 95.*

[20] *Trib. Milano, Sez. pen., 21 giugno 2010, in* Guida dir.*, 2010, 44, 28.*

dotto telematico a quello cartaceo, al quale è sicuramente equiparabile sotto il profilo del contenuto e della destinazione alla pubblicazione»[21].
Contro tale interpretazione evolutiva è stato correttamente osservato che se è vero «che i periodici cartacei godono della maggior tutela di cui al comma 3 dell'art. 21 Cost. unicamente previa iscrizione al registro della stampa non pare né logico, né giustificabile in un'ottica interpretativa, sia pure in via evolutiva riconoscere tale guarentigia agli editori di giornali *on-line* che volontariamente abbiano optato per non avvalersi della facoltà d'iscrivere la testata *on-line*, loro riconosciuta dal legislatore (legge n. 62/2001)». Anche perché, in tal modo, i «periodici *on-line* godrebbero dei limiti al sequestro imposti dalla Carta costituzionale, senza tuttavia soggiacere ai correlati adempimenti ricadenti invece sui periodici cartacei ed espressamente evocati dall'inciso contenuto nell'art. 21 Cost. che fa salvi i casi: *per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi*».
In definitiva, in tal modo le testate *on-line* non registrate finirebbero con il «giovarsi di un regime di maggior tutela, non solo non previsto dalla Costituzione, ma addirittura superiore rispetto a quello applicabile ai giornali (cartacei e *on-line*) debitamente iscritti nel registro della stampa»[22], essendo questi obbligati ad avere un direttore responsabile che risponde dell'omesso controllo *ex* art. 57 c.p.

Lo svolgimento dell'atto per esteso

ECC.MA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA

Atto di appello ex artt. 571-593 c.p.p.

Il sottoscritto Caio, nato a Venezia in data – , ivi residente, imputato nel procedimento suemarginato, dichiara di interporre appello avverso la sentenza del Tribunale in composizione monocratica di Venezia, emessa in data -, con motivazione riservata, con la quale, previo riconoscimento della sua penale responsabilità in ordine al reato di interferenze illecite nella vita privata, pubblicazioni oscene e diffamazione aggravata, è stato condannato alla pena di un anno di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali e di una provvisionale a favore della parte civile costituita Tizia.
La sentenza merita di essere riformata per i motivi di seguito descritti e per quelli nuovi, di cui ci si riserva il deposito nei termini di cui all'art. 585 c. 4 c.p.p.
Vengono qui espressamente impugnati i capi della sentenza che si riferiscono alle imputazioni ascritte, ed i punti inerenti le aggravanti contestate, la condotta di cui all'art. 528, la consumazione del reato.
A seguito dello svolgimento della corrente impugnazione, verranno rassegnate le seguenti richieste:
– riconoscimento dell'incompetenza territoriale del Tribunale di Venezia, a favore del Giudice di Verona, luogo in cui la querelante Tizia sostiene di aver appreso della presenza di contenuti diffamatori in un sito internet;

[21] *Trib. Padova 1.10.2009, (ord.), in* Foro it*., 2009, I, 3225.*

[22] *Cimino,* Art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali, *cit., 772.*

– derubricazione della fattispecie diffamatoria in ingiuria o quanto meno nel delitto tentato;
– assoluzione dell'imputato dalle aggravanti contestategli;
– assoluzione dal reato di pubblicazioni oscene;
– assoluzione dal reato di trattamento illecito dei dati personali;
– assoluzione dal reato di molestie;
– assoluzione dal reato di interferenze illecite.

Ma prima di esporre le doglianze di merito, deve essere svolta una questione preliminare, già affrontata e risolta con ordinanza dibattimentale, che qui si impugna contestualmente ex art. 586 c.p.p..

***

Questione preliminare: incompetenza territoriale del giudice adito

Con atto di querela depositato presso la stazione Carabinieri di Venezia, la signora Tizia, coniuge da cui è in corso di causa la separazione personale dal sottoscritto, ha denunciato la scoperta – a suo dire casuale – della propria immagine in un sito internet contrassegnato dall'indirizzo *www.revenge.com.*

Navigando in tale sito, la signora Tizia, costituitasi parte civile nel corrente procedimento, si sarebbe imbattuta in alcune fotografie che la ritraggono alternativamente "senza veli" oppure all'interno di locali pubblici, e financo nell'esercizio commerciale che gestisce, in compagnia di svariati soggetti, rimasti sconosciuti, di sesso maschile.

Non solo, la parte offesa ha dichiarato altresì – e prodotto una copia a stampa – di aver rinvenuto alcune didascalie che rimandavano al suo indirizzo ed ai suoi recapiti telefonici, comparsi sul sito come riferimento di profferte sessuali asseritamente provenienti dalla medesima.

Prima di affrontare uno ad uno i punti cruciali della vicenda processuale, oggetto dei motivi di impugnazione, va premesso come venga qui rinnovata la questione preliminare di incompetenza territoriale, già svolta nei termini di cui agli artt. 491-484 c.p.p. e respinta con ordinanza dibattimentale qui parimenti impugnata, congiuntamente alla sentenza come previsto per legge.

Il processo si è celebrato avanti al Tribunale di Venezia.

Sul punto, nell'ordinanza dibattimentale che qui si impugna, è stata riaffermata l'identificazione del giudice competente proprio in quello adito, sulla scorta di un ragionamento giuridico che può essere così riassunto.

Secondo le norme relative alla competenza territoriale, il giudice naturale è anzitutto quello del luogo in cui il reato è stato commesso.

Atteso che – a parere della querelante, condiviso dal Pubblico Ministero – autore delle condotte di cui alle imputazioni non può essere che l'attuale appellante, è nel luogo di sua residenza che si deve individuare il *locus commissi delicti*: «l'imputato vive e lavora a Venezia – si legge nell'ordinanza – quindi, in carenza di alcuna allegazione diversa, ben si può ricavare che questi abbia immesso in rete i contenuti denigratori, collegandosi al sito incriminato tramite il personal computer in dotazione presso l'azienda ove impiegato, oppure quello privato che utilizza, in via esclusiva, nella propria abitazione».

Il ragionamento è surrettizio e non tiene conto degli approdi giurisprudenziali *in subiecta materia.*

Anzitutto è stato provato come il sito *www.revenge.com* sia connesso, e riceva materiali, da un server allocato nel Regno Unito, quindi, in via preliminare, il reato andrebbe comunque considerato commesso all'estero.
Se non che, se da un lato va condivisa la giurisdizione in capo al Giudice italiano, in forza dell'art. 6 c.p., che al comma 2 statuisce la teoria c.d. dell'ubiquità, per cui si considera commesso in Italia il reato se ivi si è verificata, in tutto o in parte, l'azione, ma anche quando ivi si è prodotto l'evento, dall'altro lato non si può condividere il percorso logico che ha portato a stabilire la competenza, nel caso di specie, al Giudice di Venezia.
L'ipotesi, ossia la colpevolezza del sottoscritto imputato, si è trasformata in tesi, ed ha fondato la competenza territoriale del Giudice del luogo della sua residenza, a dispetto del fatto che la parte offesa, soggetto che ha affermato di aver appreso i contenuti diffamatori, risieda e soprattutto si trovasse altrove al momento della scoperta.
Come più volte riaffermato dalla parte civile stessa, la signora Tizia, a seguito della separazione personale dal sottoscritto, è tornata a vivere nella città di Verona ed ivi si trovava quando effettuò il collegamento internet grazie al quale ha, a suo dire, scoperto il materiale illecito.
«(Per) una diffamazione consumata per via telematica, pur essendo l'*iter criminis* iniziato all'estero (ove si è compiuta l'azione diffamatoria, attraverso l'immissione in rete dell'addebito offensivo), competente ad esercitare la funzione giurisdizionale è il giudice italiano quando l'evento del reato si sia manifestato, con la percezione (comprensione) dell'offesa in Italia, ove è avvenuta la **connessione al sito** *web* contenente le frasi e le immagini denigratorie » (Cass. pen., sez. V, 27.12.2000, in *Guida al diritto* n. 3 del 2001).
Se l'Accusa avesse fatto sfilare davanti al Giudice soggetti terzi, che potessero testimoniare di aver avuto conoscenza delle fotografie e dei messaggi di cui alle imputazioni, nei rispettivi luoghi si sarebbe radicata la competenza territoriale, eventualmente nel primo di essi, secondo il criterio residuale di cui all'art. 9 c.p.p.
Infatti anche recentemente è stato ribadito come: «In quanto reato di evento, la diffamazione si consuma nel momento (e nel luogo) in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa, e dunque nel caso in cui frasi o immagini lesive siano state immesse sul web, nel momento in cui il collegamento viene attivato» (Cass. pen., sez. V, 25.7.2006 in *www.penale.it*).
Ma poiché fin dal momento della predisposizione della lista testi il Pm non aveva a disposizione che la persona offesa, la quale aveva già dichiarato in querela di aver visitato il sito connettendosi a internet dalla propria abitazione, quello è il luogo dell'evento, unico ipotizzabile, ossa dell'avvenuta conoscenza dei contenuti lesivi in capo al soggetto passivo del reato, così qualificato quindi esclusivamente come ingiuria.
Per questi motivi si chiede preliminarmente una pronuncia di incompetenza territoriale, e conseguente trasmissione degli atti alla Procura presso il Tribunale di Verona, luogo di residenza della persona offesa e querelante Tizia.

Primo motivo: mancata derubricazione in ingiuria o, quanto meno, alla fattispecie tentata del delitto di diffamazione.
È nota a chi scrive la scissione tra i sostenitori della qualificazione della natura dei reati contro l'onore, di cui qui si risponde, quali delitti di pura condotta, che si consumano nel momento (e quindi nel luogo) della manifestazione delle espressioni offensive, purché ne sia almeno

possibile la percezione (c.d. concezione normativa), ed i fautori della teoria favorevole allo spostamento, di *tempus* e *locus commissi delicti*, verso la conoscenza concreta, da parte della persona offesa e/o dei terzi, o addirittura verso il disvelamento dell'effettiva portata denigratoria, elementi questi che connotano la fattispecie come ad evento (c.d. concezione fattuale).
Ed è noto altresì come tra le due opposte tesi prevalga quella che propende per un inquadramento favorevole alla categoria dei reati di pericolo, e non di danno, che ritiene quindi superfluo anche il soggetto passivo si senta in concreto offeso.
Anche la Corte di Cassazione propende per la tesi maggioritaria, definisce la diffamazione come reato di evento, «inteso quest'ultimo come avvenimento esterno all'agente e causalmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di un evento non fisico ma psicologico, consistente nella percezione, da parte di terzi, dell'espressione offensiva» (Cass. pen., Sez. V, 17.11.2000, n. 4741 in *Guida al Diritto* n. 3, 2001 e più di recente Trib. Milano 22.9.2006, in *Foro Ambrosiano 2006, 3, 307).*
Laddove il veicolo della propalazione sia Internet, come nel caso di specie, le teorie dottrinarie e la elaborazione giurisprudenziale in materia di delitti contro l'onore devono essere necessariamente adattate alle peculiarità del mezzo, che ha introdotto una sorta di "terza via" nel sistema della comunicazioni, prima tradizionalmente suddiviso in un'area c.d. privata, di scambio tra cittadini, ed un settore invece professionale, ove l'informazione è appannaggio di soggetti qualificati, identificabili, a cui corrisponde una serie di diritti e di obblighi correlati. Internet ha consentito a chiunque, quindi ad un pubblico potenzialmente infinito, l'accesso ad un sistema di diffusione pressoché illimitato.
Sotto questo profilo, la giurisprudenza non accetta la mera presunzione di conoscenza, da parte di terzi, per ritenere consumata la diffamazione via internet, poiché «le peculiari caratteristiche tecniche della diffusione del messaggio lesivo non consentono di presumere la conoscenza del messaggio da parte di terzi, come nel caso della stampa o della trasmissione televisiva. Ed invero nessun sito può essere raggiunto casualmente in assenza di una specifica conoscenza, o di una precisa interrogazione ad un motore di ricerca, né sono affidabili massime di esperienza che consentano di affermare con relativa certezza la verificazione dell'evento lesivo» (Trib. Teramo, sez. dist. di Giulianova, 6.2.2002 n. 112, in *Dir. e Pratica delle Società*, f. 6, 2002, 77).
Questa pronuncia, fondamentale nella materia, ha sposato quindi la tesi per cui l'evento – conoscenza da parte dei terzi sarebbe concettualmente ben differenziato rispetto alla condotta – inserimento in rete, da parte dell'agente, di scritti o immagini offensivi, ed ha quindi concluso per la sussistenza del mero tentativo laddove , atteso comunque che con «l'inserimento dei messaggi offensivi si realizza una condotta tecnicamente idonea e volta in modo non equivoco a diffonderli» (Trib. Teramo, cit.).
Ergo, non sarebbe mutuabile al caso di specie quella presunzione di conoscenza, come prevista per la stampa – ove il delitto si perfeziona con la consegna, un tempo prescritta, delle c.d. copie d'obbligo da parte dello stampatore (cfr. da ultimo Cass., Sez. I pen., 4.7.2007, n. 25804 in *Banca dati Lex24*; Sez. I pen., 14.6.2007 n. 28454, F. in *Guida al diritto,* 2007, 38, 96), ma al contrario sempre necessaria, per configurare la consumazione, «la percezione da parte di persone terze rispetto al soggetto attivo e al soggetto passivo, quale avvenimento esterno all'autore del reato, causalmente collegato al suo comportamento» (Trib. Genova 29.1.2000*,* in *Giur. Merito, 2003, 1477).*

Nel caso esaminato dal Giudice con la sentenza quivi impugnata né la pubblica accusa, né la parte civile costituita hanno convenuto testimoni in grado di affermare a loro volta di aver navigato nel sito indicato, e di aver ivi rinvenuto le fotografie e le scritte di cui ai capi di imputazione.
Soltanto la signora Tizia ha affermato di averlo visitato e di avervi rinvenuto del materiale offensivo, peraltro sostenendo di esservisi imbattuta casualmente, e non su segnalazione altrui, elemento questo che – adeguatamente confermato in dibattimento – avrebbe quanto meno dato spunto per verificare l'effettiva conoscenza da parte di chi l'avesse avvisata. Ma così non è stato.
Si deve concludere quindi, in subordine alle doglianze compiutamente svolte nei motivi che precedono, per la ravvisabilità del solo reato di ingiuria, o in ulteriore subordine, della diffamazione derubricata a mero tentativo, mancando la prova dell'avvenuto apprendimento dei contenuti lesivi da parte di terzi. Non v'è dubbio alcuno, infatti, che il reato di diffamazione si consumi quando l'offesa dell'altrui reputazione avvenga comunicando con più persone (Cfr. da ultimo, Cass., Sez. VI pen., 22.5.2007 n. 37080, O. in *Guida al diritto* 2007, 43, 85).

Secondo motivo: violazione di legge in ordine alle aggravanti contestate.
Il capo contenente la asserita violazione dell'art. 595 c.p., da parte dell'imputato, per il quale costui è stato condannato, contiene la contestazione alternativa di una circostanza aggravante: si legge infatti che aver immesso in Internet il materiale oggetto dell'accusa integrerebbe il delitto di cui all'art. 595 c.p., aggravato ex art. 13 L. n. 47 del 1948 o comunque ex art. 30 comma 4 L. n. 223 del 1990.
Le imputazioni fanno riferimento rispettivamente all'aggravante prevista dalla legge sulla stampa e dalla normativa sulle trasmissioni radiofoniche o televisive (c.d. legge Mammì).
Ostano alla configurabilità di dette aggravanti alcuni considerazioni che, pur svolte in sede di conclusioni da parte della difesa, sono state disattese dal Giudice.
Il primo ostacolo all'interpretazione estensiva, che allarghi ad internet le aggravanti della legge sulla stampa, è la stessa definizione di stampato, di cui all'art. 1 L. n. 47 del 1948, che fa riferimento a «tutte le riproduzioni tipografiche, o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici», e che non può quindi essere applicata ad una metodologia di immissione dei dati, quale è quella di internet, attraverso la rete telefonica, che per via telematica invia al server del c.d. *provider* o *webmaster*.
Anche la Corte Costituzionale ha preso posizione contro l'estensione analogica della legge sulla stampa ad altre fattispecie di reato (sent. 20.1.1977 n. 42 in *Foro it*. 1977, I, 556 e 22.10.1982 n. 168, *ibidem* 1982, I, 2702).
Oltre all'argomento letterale, ricavato dalla norma sopra citata, osta all'estensione – che quindi si qualificherebbe *in malam partem* – anche l'argomento teleologico: quando il legislatore ha ritenuto di estendere determinate norme previste per la stampa anche all'estere, l'ha fatto con un provvedimento espresso, mentre non ha fatto (almeno per il momento) altrettanto con Internet e la rete, di tal che non soltanto non sarà configurabile l'aggravante di cui all'art. 13, ma neppure le altre specifiche disposizioni attinenti la responsabilità del direttore, la solidarietà passiva nel risarcimento del danno, le forme di riparazione pecuniaria ecc.
L'appellante non ignora che recentemente si è ipotizzato di applicare a messaggi, contenuti in

un sito internet, la qualifica di "stampato", per estendervi la procedura sul sequestro preventivo, ma deve riportare la massima, ricavata da quella decisione, che ha escluso che la tutela prevista dalla L. 47 del 1948 posa estendersi a qualunque "stampato" (Cass., Sez. III pen., 24.10.2007 n. 39354, in *Banca dati Lex 24*).
Quanto invece alle norme della legge Mammì, ci si può senza dubbio chiedere se siano allargabili ad internet, visto che parimenti veicola suoni ed immagini.
L'art. 30 legge n. 223 del 1990 estende ai reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni, consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8.2.1948, n. 47.
«A internet non si può riferire nemmeno l'art. 30 comma 4 legge n. 223/1990» ha affermato il Tribunale di Oristano con sentenza 6.6.2000 (in *Foro it*. 2000, II, 663), perché le trasmissioni in parola sono soltanto quelle televisive e radiofoniche, non equiparabili ad internet senza una precisa presa di posizione da parte del legislatore.
Peraltro, l'art. 30 citato si applica esclusivamente alle figure professionali dei concessionari e degli incaricati dei controlli sulle trasmissioni, e non ad altri, neppure agli autori di un'eventuale diffamazione, e quelle categorie così ben tipizzate non conoscono equivalente nella Rete. Se di aggravante quindi poteva astrattamente parlarsi nel caso concreto, questa poteva ravvisarsi solo nel comma 3 dell'art. 595 c.p., che prevede, oltre alla stampa, "qualsiasi altro mezzo di pubblicità", contestato sia nel caso deciso dal Giudice di Oristano, sia in Cassazione 17.11.2000, ambedue più volte citate.
Ma in carenza di una apposita modifica del capo di imputazione, mediante contestazione suppletiva da parte del Pubblico Ministero, l'imputato deve quindi vedersi riconoscere la non colpevolezza, in ordine alle aggravanti così come tributategli nelle imputazioni, pena la violazione del divieto di interpretazione analogica in *malam partem*.

Terzo motivo: violazione di legge in ordine alle residue imputazioni
Il sottoscritto imputato è stato condannato per tutti i reati attribuitigli nelle imputazioni, legati dal vincolo della continuazione, ma per almeno tre di essi deve essere mandato assolto. Stabilisce anzitutto la Cassazione che la comunicazione «di dati personali provenienti da pubblici registri, elenchi o siti Internet, effettuata da un privato a fini esclusivamente personali, non integra gli estremi del reato, oggi abrogato, di cui all'art. 35 L. 675 del 1996, né quelli del più favorevole art. 167 comma 1 e 2 d. lgs. n. 196 del 2003, in quanto operano gli artt. 5 comma 3 e 24 comma 1 lett. c del d. lgs. n. 196 del 2003» (Cass. pen., sez. III, 15.2.2005 n. 5728 in *Dir. pen. e proc.* n. 4 del 2006, 464).
Anche nel caso oggetto del processo, l'imputato non ha operato un illecito trattamento dei dati personali della persona fisica Tizia, posto che quanto pubblicato sul sito di messaggeria erotica denominato *www.revenge.com*, ossia generalità, indirizzo, recapiti telefonici e di posta elettronica, è liberamente rinvenibile in internet, mediante consultazione di elenchi pubblici a cui evidentemente l'interessata ha prestato consenso. Manca quindi il presupposto stesso dell'imputazione, ossia la condotta materiale, peraltro sorretta da dolo specifico, nell'egida della legge n. 675 del 1996.
Senonché è intervenuta la riforma del 2003, quando con d. lgs n. 196 si è introdotta una disciplina addirittura favorevole che oltre al dolo specifico esige anche un elemento oggettivo costituito dal fatto di aver recato un effettivo e concreto nocumento.

Sotto questo profilo, la parte civile ha meramente dichiarato di aver provato notevole fastidio, ricevendo telefonate e messaggi scritti, ed ha altresì allegato di aver dovuto modificare la propria utenza telefonica casalinga, ma non ha provato il danno effettivamente provocatole dall'operazione.

Per tanto il sottoscritto deve essere assolto dal reato di trattamento illecito dei dati personali altrui, perché il fatto non sussiste, essendo già in precedenza pubblici i recapiti apparsi sul sito internet denominato *www.revenge.com.*

Quanto all'iscrizione della persona offesa ad un sito a contenuto erotico, esistono già alcune pronunzie giurisprudenziali, a parere delle quali la condotta non integra già il reato di cui all'art. 528 c.p., che alla rubrica "pubblicazioni oscene" punisce chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce, acquista, detiene, esporta ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini o altri oggetti osceni, bensì va ricondotta al delitto di diffamazione (sic Corte d'Appello di Perugia, sezione minori e famiglia, 27.8.2004, in *Dir. famiglia e delle persone,* 2005, 887).

«Perfeziona la fattispecie di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 comma 3 c.p. la creazione di un sito internet, recante messaggi ed immagini a contenuto erotico, al quale viene associato il nome ed il recapito telefonico di persona realmente esistente, allo scopo di arrecarle o consentire a terzi molestie e nocumento alla reputazione» (Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 16.5.2003 in *Cass. pen*., 2003, 3956).

Quanto infine alla fattispecie di cui all'art. 660 c.p., nella sua previsione attuale la norma punisce chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o altro biasimevole motivo, reca molestia o disturbo.

La fattispecie non ricorre nel caso concreto, oggetto del processo, non solo perché l'imputato, personalmente, non ha mai telefonato né inviato messaggi di posta elettronica o via sms alla persona offesa, ma altresì perché, laddove voglia ritenersi il reato riferibile alla cattura dell'immagine della donna, ritratta a propria insaputa in locali pubblici o nel suo negozio, la signora Tizia non si è accorta di essere stata ripresa, ergo non ha subito quell'immediato e diretto disturbo, che la norma diversamente esige, né l'elemento psicologico sotteso pare essere quello della petulanza.

Anche in tali casi, infatti, la giurisprudenza riconduce comportamenti del genere nell'alveo della diffamazione (Cass. pen., Sez. V, 6.3.2001, in *Foro it*., 2001, II, 386 e Cass. pen., Sez. V, 26.6.2006 in *www.studiocataldi.it*).

Quanto infine all'imputazione di cui all'art. 615 *bis* c.p., a ulteriore sostegno della propria innocenza, il sottoscritto cita le recenti sentenze della Cassazione, ove si è affermato che non possono essere considerate interferenze illecite le attività svolte consensualmente e scientemente da due soggetti, anche se registrate con l'ausilio di una videocamera, purchè rimangano comunque nel ristretto ambito degli stessi partecipanti alle attività riprese. La norma infatti tutela la riservatezza della vita individuale, sempre che le interferenze provengano da terzi estranei (Cass., Sez. V pen., 14.1.2008 n. 1766, in *www.penale.it*).

Quando scattate alcune delle foto ed effettuate le videoriprese, poi ritrovate in rete, infatti, la signora Tizia era perfettamente consapevole e consenziente, il che priva di disvalore la condotta del sottoscritto, che ne è autore confesso. Ciò che non è stato provato, e che deve condurre alla sua assoluzione, è la responsabilità sia della veicolazione in internet, sia della captazione delle ulteriori immagini, che la ritraggono in altri luoghi pubblici, o ne suo negozio.

Conclusioni

Per i motivi suesposti, di cui riserva al proprio legale l'esposizione orale e l'eventuale integrazione in termini di legge, il sottoscritto imputato chiede:

a) – Preliminarmente:
la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di -, previo riconoscimento della sua competenza territoriale, radicandosi laddove si è provata l'avvenuta conoscenza dei contenuti offensivi, ergo, nel caso di specie, al domicilio della persona offesa;

b) – Nel merito:
- la assoluzione dal delitto di diffamazione, perché il fatto non sussiste, e la sua derubricazione nella sola ingiuria o, in subordine, nella accezione tentata, non essendo stato provato che, oltre alla parte civile, altri soggetti terzi abbiano appreso quanto pubblicato sul sito internet *www.revenge.com;*
- la assoluzione dalle aggravanti contestate, pena la violazione del divieto di applicazione analogica *in malam partem* del precetto penale;
- la assoluzione dal reato di trattamento illecito dei dati personali, perché il fatto non sussiste, essendo già stati pubblicati con consenso della titolare, dal reato di pubblicazione oscene, per assorbimento nella fattispecie diffamatoria, e dal reato di molestie perché il fatto non sussiste, non essendosi rinvenuta la prova della molestia o del disturbo arrecati alla persona offesa;
- la assoluzione dal reato di interferenze illecite

Con osservanza

Venezia, il

L'imputato (Tizio)

Visto per autentica

Il difensore (Avv.)

Le sentenze in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. II pen., 21 ottobre 2010, n. 40668

(omissis)

I MOTIVI DELLA DECISIONE

I motivi di ricorso sono privi di consistenza. Essi si articolano in una digressione relativa alla necessità, nel processo penale, della così detta certezza processuale; e nel denunciare come illogica l'affermazione dei giudici di merito secondo cui, tra i vari componenti del nucleo familiare L., colui che si rese autore dei fatti persecutori in danno della giovane querelante fu proprio il L.M.. Per contro, la motivazione attraverso la quale i primi giudici (e segnatamente la Corte di appello, che dispose la riapertura del dibattimento per un supplemento probatorio) risponde pienamente alla sua funzione di rendere noto

l'iter logico del ragionamento seguito e rivela che le risultanze acquisite agli atti furono correttamente apprezzate e collegate, sino a farle giungere ad una coerente ed univoca conclusione.
Lo stesso ricorrente da per ammesso che l'autore degli illeciti per cui si procede è uno dei componenti della famiglia L.. Il dato relativo può dunque essere considerato per fermo e riconosciuto come elemento oggettivo chiaramente emerso dalle indagini, con la forza dell'evidenza. La Corte territoriale ha ricordato, con una concatenazione di indicazioni, come siano plurimi e concordanti gli elementi oggettivi che, tra quei componenti di un nucleo familiare, additano nella persona di M. colui che perpetrò le vessazioni in danno della persona offesa N.M.. Il primo di questi elementi, non contestato dal difensore impugnante, è l'individuazione nel L.M. del sedicente *(omissis)*, atteso che un utente, avente indirizzo IP *(omissis)*, identificatosi come "*(omissis)*", chattava, con quel nickname, utilizzando il telefono fisso dell'utenza familiare L.: l'utente "*(omissis)*" altri non era, come da lui ammesso, che il L.M., dato che il fratello L., l'unico altro giovane esponente del nucleo familiare suddetto a conversare via internet, usava l'identificativo "*(omissis)*". Il soggetto definitosi l'*(omissis)* è, senza incertezze, l'odierno imputato: e fu pertanto costui a volere, come ha raccontato la querelante, da lei, colloqui, informazioni, fotografie e l'indirizzo e-mail; ed a minacciarla, poi, di divulgare i di lei dati personali, se non si fosse concessa a rapporti intimi, con la falsa e diffamante notizia che lei era una prostituta. Di questa prima parte della vicenda la persona offesa ha fornito prova documentale che ricollega la detta l'*(omissis)* al suo computer. La ricostruzione successiva, operata dal giudice di merito è conseguente. Un utente che si serviva del telefono di casa L. mantenne le promesse minacciose fatte alla N. e creò una pagina web nella quale si affermava che la ragazza era una prostituta di professione e che riceveva a domicilio, previo appuntamento telefonico; l'indirizzo IP utilizzato in quella occasione era stato assegnato alla società D'Addario, azienda di famiglia dei L., facente capo al padre dell'odierno imputato, F. (così la indica il ricorrente). Risultò che il menzionato "l'*(omissis)*
– L.M.", ebbe a chattare con la N.M. (che usava il nickname di *(omissis)*) anche dalla società D'Addario, nei giorni *(omissis).*
All'evidenza, se ne è desunto, il M. aveva accesso all'azienda paterna, nella quale di lì a poco venne assunto formalmente come dipendente; ed aveva potuto servirsi delle attrezzature colà esistenti, conversando con il suo soprannome informatico abituale con la persona con la quale già aveva colloquio dal proprio computer di casa, username "*(omissis)*". L'ultimo anello delle ricostruzione dell'accaduto ha riguardato le chiamate telefoniche di disturbo, ricattatorie e minacciose, ricevute dalla N. il *(omissis)*. Le chiamate provenivano dal telefonino del fratello dell'imputato, L., il quale ha dichiarato di non essersi mai rifiutato di prestarlo a quest'ultimo e ad altri componenti della famiglia. La consecuzione temporale degli avvenimenti era significativa, ad indicare nel M. l'autore delle telefonate, grazie al cellulare del congiunto. Con le chiamate si rinnovavano, come ha riferito la ragazza, le richieste di prestazioni sessuali, pena rivalse e diffamazioni presso i conoscenti ed i terzi; rivalse e diffamazioni che in effetti avvennero quando la destinataria si rifiutò, nuovamente, di accedere alle pretese di chi la importunava. Appariva, del resto coerente, sul piano di una ricostruzione dell'accaduto aderente ai fatti appresi, ritenere che la stessa persona che aveva chattato con M. e poi creato un sito che la diffamava quando lei ne aveva rifiutato le avances fosse la stessa persona che aveva insistito anche per telefono, per ottenere il medesimo scopo, e si fosse poi vendicato replicando le comunicazioni diffamatorie allorchè aveva constatato che il rifiuto di lei persisteva.
Il giudice di legittimità non è tenuto a ripercorre passo per passo la motivazione dei giudici di merito per dimostrarne la mancanza di quella illogicità manifesta o di quella contraddittorietà che le addebita il ricorrente con la sua impugnazione. In realtà, è sufficiente che la verifica della Corte conduca ad accertare che le decisioni impugnate sono, nel loro complesso e nella loro sostanza, logicamente costruite nell'adeguarsi alle risultanze di causa e idoneamente esplicative dell'iter argomentativo che ha condotto al convincimento. Si è creduto, nella specie, di segnalare i punti salienti che hanno segnato il detto iter argomentativo per dimostrare, con la forza stessa delle risultanze oggettive emerse nel processo, la congruità motivazionale del provvedimento impugnato nonchè la manifesta infondatezza del ricorso. L'inammissibilità dell'impugnazione, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., u.c., comporta la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali. La palese inconsistenza delle ragioni di gravame va valutata quale imprudenza rilevante alla stregua della sentenza Corte costituzionale n. 186 del 2000, e comporta, pertanto, la condanna al versamento a favore della Cassa delle ammende di una somma che si stima di quantificare, equitativamente, nella misura media di mille Euro.

Alla parte civile costituita è dovuto il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione al presente grado del processo.

P.Q.M.
Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di mille Euro alla Cassa delle ammende. Condanna, altresì, il ricorrente alla rifusione delle spese in favore della parte civile N.M., liquidate in Euro duemila per onorari, oltre rimborso forfetario, IVA e CPA. Così deciso in Roma, il 24 settembre 2009.

Corte di Cassazione, Sez. I pen., 26 gennaio 2011, n. 2739
Reati contro la persona - Delitti contro l'onore - Diffamazione - In genere - Diffamazione via "internet" - Competenza per territorio - Determinazione - Criteri.

La competenza per territorio, per il reato di diffamazione commesso mediante la diffusione di notizie lesive dell'altrui reputazione allocate in un sito "web", va determinata in forza del criterio del luogo di domicilio dell'imputato, in applicazione della regola suppletiva stabilita dall'art. 9, comma secondo, cod. proc. pen.

Corte di Cassazione, Sez. V pen., 29 novembre 2011, n. 44126
Stampa - Periodica - Direttore responsabile - Direttore di un periodico on-line - Responsabilità ex *art. 57 cod. pen. - Esclusione - Ragioni.*

Il direttore di un periodico on-line non è responsabile per il reato di omesso controllo, *ex* art. 57 cod. pen., sia per l'impossibilità di ricomprendere detta attività on-line nel concetto di stampa periodica, sia per l'impossibilità per il direttore della testata on-line di impedire le pubblicazioni di contenuti diffamatori "postate" direttamente dall'utenza.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

10. Esecuzione di più pene concorrenti

(di Alessia Sorgato)

Traccia per la redazione del parere

Il signor R., detenuto definitivo presso un carcere, scrive al proprio legale inoltrandogli copia di un provvedimento recentemente notificatogli da parte di una Procura.
Si tratta dell'esecuzione di più sentenze di condanna, riportate dal signor R. nel corso di una decina d'anni, per una serie di reati giudicati da vari Tribunali nazionali.
Il provvedimento ha cumulato le sanzioni, singolarmente inflitte dai vari giudici, e sommandole algebricamente ha rideterminato la pena – detentiva e pecuniaria – fissando la nuova data di scarcerazione che, ovviamente, oltrepassa di gran misura quella prevista dal signor R. una volta ristretto.
Questi chiede quindi al suo legale come poter ridurre il cumulo ed ottenere il ritorno alla libertà in data precedente a quella individuata dal provvedimento.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

L'unico rimedio concesso dal codice di procedura penale per ridurre la pena, quando essa risulti dal cumulo di più condanne riportate da un medesimo soggetto, è il ricorso alla disciplina del reato continuato in sede di esecuzione, regolata dall'art. 671 c.p.p.

Norme penali e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

La procedura con cui richiedere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 81 capoverso c.p., una volta che più sentenze di condanna siano divenute esecutive, gergalmente denominata "incidente di esecuzione sul continuato", è regolata dall'art. 671 c.p.p.

Art. 671 c.p.p. Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato
1. Nel caso di più sentenze [529 s.] o decreti penali [460] irrevocabili [648] pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero [655] possono chiedere al giudice dell'esecuzione [665] l'applicazione della disciplina del concorso formale [81[1] c.p.] o del reato continuato [81[2] c.p.], sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione [186-188 att.]. Fra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza (1).
2. Il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto.
2-bis. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma, del codice penale (2).

3. Il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena [163 c.p.] e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale [175 c.p.], quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione. Adotta infine ogni altro provvedimento conseguente.

(1) Periodo aggiunto, in sede di conversione, dall'art. 4-vicies d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv., con modif., in l. 21 febbraio 2006, n. 49.
(2) Comma inserito dall'art. 5[2] l. 5 dicembre 2005, n. 251.

Art. 81 c.p. Concorso formale. Reato continuato
È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge (att. art. 137, comma 2).
Alla stessa pena soggiace chi con più azioni o omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.
Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti.
Fermi restando i limiti indicati dal terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

Elementi di fatto suggeriti dalla traccia

Le pene inflitte dalle singole pronunzie, infatti, sono ormai definitive, per cui non è ammissibile appellarle o ricorrere in Cassazione né la traccia accenna a prove nuove, o successivamente scoperte, col che aprirebbe la via ad ipotesi di revisione.

Individuazione delle fattispecie di rilievo. Opzioni difensive a disposizione

Come ogni altro procedimento di esecuzione (in cui fa eccezione solo l'applicazione di amnistia ed indulto) il procedimento per l'applicazione della continuazione in esecuzione è caratterizzato da alcune peculiarità, la cui carenza e/o violazione comporta altrettante nullità:
1 – è un procedimento ad iniziativa di parte (pubblica accusa, difensore o interessato personalmente, ex art. 666, comma 1, c.p.p.): un eventuale provvedimento adottato d'ufficio è viziato da nullità insanabile (Cass., sez. I, 17.1.2011 n. 5836; sez. I, 28.11.2006 n. 1839, rv 235794; sez. I, 13.11.2007, n. 43684);
2 – prevede la presenza necessaria del difensore (art. 666, comma 4, c.p.p.), col che l'omessa citazione di questo (o dell'imputato) ancora una volta comporta il vizio procedurale della nullità di ordine generale e a carattere assoluto (artt. 178 e 179 c.p.p., in quanto afferente ai diritti di difesa) quindi l'annullamento con rinvio al giudice dell'esecuzione perché deliberi nelle forme previste (Cass., sez. III, 29.5.1998 n. 1730; sez. I, 23.1.2003 n. 6271).
Limitrofo al procedimento di applicazione del reato continuato in sede esecutiva è quello regolato dall'art. 669 c.p.p., che disciplina il caso di una pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona. In ipotesi siffatte, è stabilito che venga data esecuzione a quella più favorevole per il condannato (Cass., sez. I, 26.6.2008, n. 28581; sez. I, 3.2.2009 n. 14823; sez. I, 5.7.2005 n. 26031).

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

In ipotesi di sentenze da rito abbreviato

In tema di continuazione *in executivis*, ove il giudizio relativo al reato satellite sia stato celebrato con il rito abbreviato, l'aumento di pena di cui all'art. 81 c.p. è soggetto alla riduzione premiale di cui all'art. 442 c.p.p. (Cass., sez. I, 13.1.2010, n. 5480, P. in CED Cass. pen. 2010, rv 245915. Vedi anche: Cass. n. 33856 del 2008, n. 40448 del 2007, Cass., sez. I, 17.2.2004 n. 15409, sez. III, 15.2.2002 n. 11515, n. 12305 del 1994. In senso conforme: Cass. n. 11874 del 2000).

Riconosciuta in fase esecutiva la continuazione tra reati oggetto, alcuni, di condanna all'esito di un giudizio abbreviato e, altri, di condanna all'esito di un giudizio ordinario, la riduzione spettante per la scelta del rito abbreviato va applicata, ove il reato più grave risulti quello giudicato col rito ordinario, soltanto sull'aumento di pena per i reati satellite giudicati con il rito abbreviato (Cass., sez. I, 4.11.2009, n. 44477, M. in CED Cass. pen. 2009, rv 245719.Vedi anche: Cass. n. 33856 del 2008, Cass. n. 40448 del 2007. In senso conforme: Cass., sez. I, 17.2.2004 n. 15409).

Prescrizione

È manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 158 c.p., censurato, in riferimento agli art. 3 e 24 Cost., nella parte in cui prevede che il termine di prescrizione decorra, per i reati perseguibili a querela, dal giorno di commissione di ciascun reato anziché dalla cessazione del reato continuato. Il rimettente, mirando a introdurre un diverso *dies a quo* per il decorso del termine di prescrizione, sollecita una pronuncia che esorbita dai poteri spettanti alla Corte costituzionale, a ciò ostando il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., che demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni applicabili, inibendo alla Corte di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, tra i quali rientrano quelli attinenti alla prescrizione e ai relativi atti interruttivi o sospensivi (sentenze n. 394 del 2006, 324 del 2008; ord. n. 65 del 2008; Corte Cost., 16.1.2009, n. 5, B.M. c. Pres. Cons. Ministri, in *Giur. cost.* 2009, 1 31).

Si rammenta che il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. – secondo il quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso – «rimettendo al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, inibisce alla Corte tanto la creazione di nuove fattispecie criminose o l'estensione di quelle esistenti a casi non previsti, quanto «di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità»: aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli relativi alla disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi (*ex plurimis*, tra le ultime, sentenze nn. 324 del 2008 e 394 del 2006 e ord. n. 65 del 2008). Cfr. anche ord. n. 3 del 2009.

Attenuanti

In tema di continuazione, la circostanza attenuante dell'integrale riparazione del danno va valutata e applicata in relazione a ogni singolo reato unificato nel medesimo disegno criminoso (Cass. sez. un., 27.11.2008, n. 3286, C. in *CED Cass. pen*., 2008, 241755. Vedi anche: Cass., sez. un., 8.11.1999 n. 14; sez. un., 10.11.1998 n. 15; sez. un., 9.7.1997 n. 1; sez. un., 30.4.1996 n. 2780; sez. un., n. 18 del 1989. In senso conforme: Cass., sez. VI, 12.6.2007 n. 30154; sez. II, 14.5.2004 n. 24115; sez. I, 10.8.2001 n. 33758; Cass. pen., sez. II, 23.1.2001 n.

7302. In senso difforme: Cass. sez. VI, 8 luglio 2005 n. 33951; sez. VI, 11.2.2003, n. 20507; sez. II, 9.5.2000 n. 10811; sez. VI, 4.10.1999 n. 3065)
Nel caso di reato continuato, la circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61, n. 7, c.p.) e le circostanze attenuanti della speciale tenuità (art. 62, n. 4, c.p.) e della integrale riparazione del danno (art. 62, n. 6, c.p.) si applicano solo ai reati cui si riferiscono (Cass., sez. un., 27.11.2008, n. 3286, cit.).

Sospensione condizionale
Cassazione pen., sez. I, 28.5.2009, n. 24571, V. in *CED Cass. pen.* 2009, 243819
In tema di applicazione nella fase esecutiva della disciplina del reato continuato, una volta ritenuta, da parte del giudice dell'esecuzione, l'unicità del disegno criminoso tra due fatti oggetto di due diverse sentenze e applicata agli stessi la disciplina del reato continuato, la sospensione condizionale della pena già disposta per uno dei due fatti non è automaticamente revocata, essendo compito del giudice valutare se il beneficio già concesso possa estendersi alla pena complessivamente determinata ovvero se esso debba essere revocato perché venuti meno i presupposti di legge (in senso conforme: Cass. pen. n. 5579 del 2008).

Indulto
Cassazione, Sez. Un., 23.4.2009, n. 21501, A. in *Riv. pen.*, 2009, 7-8 809
In caso di reati uniti dal vincolo della continuazione – alcuni dei quali, compreso il più grave, commessi entro il termine previsto dal provvedimento di clemenza e altri successivamente – la pena per quello o quelli satelliti, suscettibili di comportare la revoca dell'indulto e quindi di precluderne l'applicazione, va individuata nell'aumento inflitto a titolo di continuazione per ognuno di questi, spettando al giudice dell'esecuzione interpretare sul punto il giudicato, qualora ivi siano state omesse le singole specificazioni.

Condizioni di applicabilità
Cassazione pen., sez. I, 5.11.2009, n. 48125, M. in *CED Cass. pen.* 2009, 245472
Il riconoscimento della continuazione fra gruppi di reati ideati preventivamente e in maniera unitaria non si estende automaticamente anche agli ulteriori reati collegati solo occasionalmente ad uno dei gruppi di reati in continuazione (vedi anche: Cass. pen. n. 2078 del 1999, Cass. pen. n. 5580 del 1991).

Conclusioni

Il ricorrente deve addurre la sussistenza del c.d. medesimo disegno criminoso.
Secondo consolidata giurisprudenza della Cassazione, per aversi tale unicità (*rectius*, medesimezza) occorre che in esso risultino ricomprese le diverse azioni o omissioni, giudicate dai titoli in esecuzione, sin dal primo momento e nei loro elementi essenziali, nel senso che quando si commette la prima azione, già siano deliberate tutte le altre, come facenti parte di un tutto unico. Le singole condotte, quindi, devono essere ricollegate ad un'unica previsione, di cui i diversi reati costituiscano la concreta realizzazione, cosicché i singoli reati successivamente commessi devono essere delineati fin dall'inizio nelle loro connotazioni essenziali, non potendo identificarsi il requisito psicologico indicato dall'art. 81 c.p. con un generico programma delinquenziale (Cass., sez. I, 2.2. 2011 n. 8762).

Svolgimento del parere per esteso

L'art. 671 c.p.p. attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di applicare l'istituto della continuazione e di rideterminare le pene inflitte per i reati separatamente giudicati con sentenze irrevocabili secondo i criteri dettati dall'art. 81 c.p.

L'applicazione della continuazione in sede esecutiva ha carattere sussidiario rispetto alla sede di cognizione, stante il carattere più completo dell'accertamento e la mancanza dei limiti imposti invece dall'art. 671 c.p.p. (Cass., sez. I, 16.1.2009 n. 3747; sez. VI, 8.5.2000 n. 225, ric. P.G. in proc. Mastrangelo e altri, rv 216142).
Pertanto, le mere situazioni soggettive sono inidonee a integrare l'identità del disegno criminoso di cui all'art. 81 cpv c.p. e, del pari, è consolidata l'affermazione della radicale diversità dell'identità della spinta criminosa, o del movente pratico, individuabile alla base di plurime violazioni della legge penale, rispetto alla medesimezza del disegno criminoso che deve cementare i vari episodi del reato continuato (Cass., sez. I, 25.1.2011, n. 4779).
Tra gli indici rivelatori dell'identità del disegno criminoso possono essere considerati (Cass., sez. I, 2.2.2011 n. 8762):

- la distanza cronologica tra i fatti;
- le modalità della condotta;
- la tipologia di reati;
- il bene protetto;
- l'omogeneità delle violazioni;
- la causale;
- le condizioni di tempo e di luogo.

Qualora si tragga la sussistenza di alcuni soltanto di detti indici, se specificamente significativi ed idonei ad essere privilegiati in direzione del riconoscimento del vincolo in questione, il giudice deve verificare se vi sia stata o meno la preordinazione di fondo che unisce tra loro le singole violazioni (Cass., sez. I, 20.4.2000, n. 1587, rv 215937).
In difetto di tali dati sintomatici, il mero riferimento alla relativa contiguità cronologica o all'analogia criminogena e di scelte di vita ispirate alla sistematica e contingente consumazione di illeciti penali piuttosto che di attuazione di un medesimo progetto criminoso, unitariamente concepito e deliberato, sia pure nelle sue linee essenziali, sarebbe irrilevante (Cass., sez. I, 25.9.1995 n. 4565; n. 891 del 1994, n. 396 del 1994).
Secondo le decisioni più recenti della Suprema Corte, è erroneo pretendere che il presupposto dell'unitarietà del disegno criminoso, che attiene all'inesplorabile interiorità psichica del soggetto, sia elemento che possa e debba essere specificamente provato mentre, invece, esso deve essere ricavato, con un giudizio *ex post*, basato anche su comuni regole di esperienza e attraverso un processo di induzione logica, da indici esteriori che si appalesino non in astratto, ma con raffronto concreto, da contenuti delle sentenze esaminate pregnanti ed incontrovertibili (Cass., sez. I, 7.7.2010 n. 33518).
Un criterio da poco introdotto nel panorama dei c.d. indici rivelatori è lo stato di tossicodipendenza. Con una modifica radicale rispetto alla tesi prevalente fino ad allora invalsa nella prassi, il legislatore ha modificato l'art. 671 c.p.p. e lo ha inserito espressamente tra i criteri di cui aver riguardo nella ricerca dei collanti alle varie azioni criminose, separatamente commesse e giudicate. L'interprete ora continua ad esigere che non ci si trovi di fronte ad un generico programma delinquenziale, e soprattutto continua a richiedere specifiche allegazioni (soprattutto documentali e provenienti, quindi, dalle competenti autorità sanitarie: vedi il noto certificato di attestazione di tossicodipendenza), ma ammette che la ricerca di risorse economiche per soddisfare

la necessità di droga possa giustificare l'applicazione della disciplina del reato continuato. Va da sé che debbano comunque ravvisarsi almeno alcuni dei tradizionali indici rivelatori, posto che lo stato di tossicodipendenza, da solo considerato, non è elemento decisivo e sufficiente ai fini della valutazione di unitarietà del disegno criminoso: il bisogno impellente ed estemporaneo e quindi la ricerca di risorse per acquistare la droga può infatti denotare la necessità del soggetto di autosomministrarsi stupefacente, e quindi un mero ed autonomo movente, senza per questo risalire ad una programmazione generale ed unitaria, almeno di massima (Cass., sez. I, 23.2.2011, n. 14639).

Un'ordinanza del giudice dell'esecuzione che, in presenza di invocazione dello stato di tossicodipendenza e, soprattutto, di allegazioni in merito, rigetti l'istanza con formule di stile patisce l'annullamento con rinvio del suo provvedimento (Cass., sez. I, 2.2.2011, n. 8759). Ma anche un'ordinanza che focalizzi la propria motivazione sul solo stato di tossicodipendenza (per esempio non ritenendolo sufficientemente provato) e non verifichi l'eventuale sussistenza degli altri indici rivelatori di medesimezza di disegno criminoso, va annullata con rinvio per nuovo esame sul punto (Cass., sez. I, 18.1.2011, n. 8039).

La cognizione del giudice dell'esecuzione dei dati sostanziali di possibile collegamento tra i vari reati va eseguita in base al contenuto decisorio delle sentenze di condanna conseguite alle azioni o omissioni che si assumono essere "in continuazione".

Deve quindi porre i provvedimenti a raffronto tra loro, tenendo presenti le ragioni enunciate dall'istante e fornendo esauriente valutazione del tutto (Cass., sez. I, 16.1.2009 n. 3747).

Se congruamente motivata, la decisione resa *ex* art. 671 c.p.p. da parte del giudice dell'esecuzione non è sindacabile in sede di legittimità (Cass., sez. V, 7.5.1992 n. 060, rv 189980; sez. I, 7.7.1994 n. 2229, ric. Caterino, rv 198420; sez. I, 30.1.1995 n. 5518, ric. Montagna, rv 200212).

Quando invece le singole violazioni non siano esaminate alla luce del contenuto delle sentenze di condanna, ma siano solo indicate nell'ambito di un ragionamento astratto, volto a richiamarne la non aderenza rispetto alle massime di diritto preventivamente enunciate, la motivazione del provvedimento è solo apparente e, in quanto tale, non conforme alla legge. Ne consegue che la Cassazione, adita con ricorso, l'annullerà con rinvio a Giudice per un nuovo esame (Cass., sez. I, 14.1.2011 n. 4747).

Insegna la Corte di legittimità che il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della continuazione, è vincolato solo per l'individuazione del reato più grave e la misura della pena per esso stabilita, mentre può rideterminare gli aumenti di pena per i reati satelliti (Cass., sez. I, 10.11. 2009 n. 46905, rv 245684).

Quanto ai rapporti tra continuazione e aggravante del nesso teleologico, ci si è domandati se, in ipotesi di contestazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 2 c.p., che importa un aumento di pena quando certo/i reato/i sia stato commesso per consentirne o occultarne altro /i, la stessa possa essere annullata, o comunque il suo effetto di aumentare la pena finale sia neutralizzabile attraverso il riconoscimento della continuazione tra le predette condotte delittuose.

La giurisprudenza è consolidata nel negare siffatto beneficio, e afferma: «È da escludere che la circostanza aggravante del nesso teleologico, prevista dall'art. 61 n. 2 c.p., sia concettualmente assorbita dall'unicità del disegno criminoso e che, pertanto, il riconoscimento della continuazione ex art. 81 cpv cod. pen. non consenta la configurabilità della predetta circostanza» (Cass., sez. II, 17.11.2004 n. 48317, rv 230427).

La concessione del beneficio della continuazione in fase esecutiva è ammessa anche tra titoli che riguardino fatti commessi nell'ambito di un'associazione a delinquere e titoli che, invece, concernano periodi in cui non sia stata contestata o ritenuta l'affiliazione al sodalizio criminoso.
Gli indici rivelatori che restano da tenere in conto sono ancora la distanza ravvicinata tra i fatti, le modalità della condotta, la sistematicità e le abitudini programmate di vita, la tipologia dei reati, il bene protetto, l'omogeneità delle violazioni, la causale e le condizioni di tempo e luogo, e non è indispensabile che – qualora per un certo periodo o per determinati episodi il condannato sia stato considerato ricollegato al retroterra di un certo gruppo criminoso organizzato – per vedersi riconoscere la medesimezza di disegno criminoso debba invocare solo quei reati, ben potendo – prima, dopo o anche durante – aver operato altresì in autonomia (Cass., sez. I, 10.2.2011 n. 11013).
Quanto ai criteri di calcolo, la metodologia di trattamento sanzionatorio deve essere motivata, mediante specificazione dello sviluppo del calcolo operato per addivenire alla rideterminazione della pena. In particolare, il giudice dell'esecuzione deve scorporare tutti i reati che in sede di cognizione sono stati ritenuti tra loro in continuazione, individuare quello più grave e solo dopo, sulla pena determinata per quest'ultimo dal giudice della cognizione, operare autonomi aumenti per i reati satellite già giudicati (Cass., sez. I, 10.2.2011, n. 11010).
Non è consentito al giudice dell'esecuzione, nell'ambito di una stessa sentenza di condanna, individuare come reato più grave – su cui modulare la pena base – in una fattispecie diversa da quella prescelta dal giudice della cognizione (Cass., sez. I, 22.1.2009 n. 20169, rv 243862), ma deve rispettare il giudicato sia sulla scelta del reato più grave sia sulla misura della pena per esso stabilita (Cass., sez. I, 10.11.2009 n. 46905, rv 245684) e, salva l'autonoma rideterminazione degli aumenti di pena per i reati-satellite, incontra l'unico limite per cui la pena finale non deve superare la somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto (Cass., sez. I, 9.12.2009 n. 48833, rv 245889).
Neppure la scissione del cumulo, richiesta per usufruire (magari in maniera più estesa) di un risultato favorevole diverso come l'indulto o un beneficio penitenziario, può essere perseguita tramite rideterminazione del reato più grave, ma postula – come da regola generale – l'avvenuta espiazione del reato ostativo (Cass., sez. I, 16.2.2011, n. 13330).

Traccia per la redazione di un ricorso per applicazione del reato continuato in fase di esecuzione

Chi insta per l'applicazione del reato continuato in fase di esecuzione ha un preciso onere di allegazione e non può limitarsi ad argomentazioni superficiali sull'omogeneità delle fattispecie o la prossimità temporale degli stessi per provare l'unicità del disegno criminoso.
Non può nemmeno limitarsi a chiedere che sia riconosciuta la continuazione tra tutti i reati oggetto del provvedimento di esecuzione pene concorrenti, perché una tale richiesta è giudicata generica: persino l'eventuale ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza che respinga la sua istanza soggiace al requisito della specificità dei motivi, che anche in questa procedura trova la sua ragione d'essere nella necessità di porre il giudice dell'impugnazione in grado di individuare i punti e capi del provvedimento impugnato oggetto delle censure che intende

muovere a uno o più punti determinati della decisione, pena la declaratoria di inammissibilità (Cass., se. I, 21.1.2011 n. 10412).
Il richiedente deve quindi ritenersi investito di un vero e proprio dovere di indicazione al giudice di elementi specifici e concreti da cui desumere la fondatezza o meno dell'assunto (Cass., sez. V, 4.3.2004 n. 18586, rv 229826; n. 5518 del 1995; n. 77 del 1995; n. 4437 del 1994).
Esiste una corrente giurisprudenziale per cui, ai fini del riconoscimento della continuazione in sede esecutiva, l'onere di allegazione gravante sul condannato deve ritenersi soddisfatto anche con la semplice indicazione o produzione delle sentenze relative ai reati di cui si richiede l'unificazione, senza che egli debba adempiere l'ulteriore onere di specificare le ragioni da cui è desumibile l'esistenza di un medesimo disegno criminoso (Cass., sez. I, 30.3.2010, n. 14188, rv 246840).
Vedi anche: Cass. n. 40342 del 2003; sez. I, 25.9.1995 n. 4565; Cass. n. 5518 del 1994, Cass. n. 2229 del 1994, Cass. n. 1315 del 1994. In senso conforme: Cass. n. 9180 del 2007, Cass. n. 2934 del 2000, Cass. n. 6587 del 1997, Cass. n. 5153 del 1996, Cass., sez. I, 6.2.1996 n. 784). L'indirizzo opposto ci pare però prevalente, tanto da ritenere fondati i ricorsi, eventualmente avanzati contro il riconoscimento della continuazione, laddove si riscontri deficit motivazionale se il giudice dell'esecuzione valuti parzialmente i presupposti necessari per vedere delineata l'unicità del disegno criminoso. In altre parole, se il provvedimento di accoglimento si fonda sulla semplice successione cronologica degli episodi, sulle costanti abitudini di vita del prevenuto e sulle modalità della condotta, ma i fatti si dimostrino distanti temporalmente tra loro e il contributo, offerto dall'interessato, volto ad identificare l'unicità di disegno richiesta, sia scarso o inesistente, la Cassazione tenderà ad annullare le ordinanze ex art. 671 c.p.p. (Cass., sez. I, 26.1.2011 n. 11624; n. 1043 del 1993, n. 898 del 1993).
Una siffatta genericità si riverbera anche sul successivo ricorso in Cassazione, che a sua volta sarà viziato da aspecificità dei motivi e quindi da inammissibilità ex art. 591 comma 1 lett. c) c.p.p. (Cass., sez. I, 18.3.2011 n. 15153).

Schema per lo svolgimento

La soluzione prescelta dal difensore è la predisposizione di un'istanza ex art. 671 c.p.p. per l'applicazione della disciplina del reato continuato in fase di esecuzione.
Recatosi in carcere (o per iscritto) il legale provvede preliminarmente a spiegare al suo assistito di cosa si tratti, come si proceda e quale sia il risultato auspicato, provvedendo altresì ad anticipargli che, in caso di rigetto dell'istanza, potranno ricorrere in Cassazione per violazione di legge (art. 81 cpv c.p. e 671 c.p.p.).

Norme da considerare nella redazione del ricorso

Le norme da richiamare sono ancora gli artt. 81 c.p. e 671 c.p.p., a cui vanno aggiunti alcuni brevi approfondimenti in tema di competenza (art. 666 c.p.p. in materia di giudice dell'esecuzione).
La competenza sta infatti in capo al giudice dell'esecuzione individuato secondo i crismi dell'art. 666 c.p.p., a cui si accompagnano parallelamente i criteri per l'attribuzione alla Pro-

cura presso il Tribunale (denominata all'uopo Procura Esecuzione) o alla Procura Generale presso la Corte d'Appello.
Il giudice d'appello non può pronunciarsi sulla richiesta d'applicazione della continuazione con un reato per il quale è intervenuta condanna con sentenza divenuta definitiva dopo la decisione di primo grado, sicché in tale caso la continuazione può essere riconosciuta solo in sede esecutiva (Cass., sez. V, 10.2.2009, n. 9311, S. in *CED Cass. pen*., 2009, rv 243166).
Su tale specifico aspetto non risultano precedenti. Può considerarsi complementare il principio enunciato da Sez. un., 19.1.2000, n. 1, Tuzzolino, secondo cui una volta che l'imputato abbia formulato uno specifico motivo di gravame sulla mancata applicazione della continuazione, il giudice dell'impugnazione ha l'obbligo di pronunciarsi sul tema di indagine devolutogli, per l'evidente ragione che al principio devolutivo è coessenziale il potere-dovere del giudice del gravame di esaminare e decidere sulle richieste dell'impugnante: sicché, stante la correlazione tra motivi di impugnazione e ambito della cognizione e della decisione, non è ammissibile che il giudice possa esimersi da tale compito, riservandone la soluzione al giudice dell'esecuzione e possa, così, sovrapporre all'iniziativa rimessa al potere dispositivo della parte la propria valutazione circa l'opportunità di esaminare, o non, l'istanza dell'impugnante. Ne consegue che, qualora il giudice di appello abbia omesso di pronunciare sulla richiesta di continuazione formulata con specifico motivo di impugnazione, sussiste l'interesse dell'imputato al ricorso per cassazione per la mancata pronuncia sul punto (conf. in seguito, sez. IV, 28.9.2006, D'Andrea, in C.E.D. Cass., n. 236008; vedi anche: Cass., sez. un., 22.3.2000 n. 1, Cass. pen. n. 1023 del 2007; sez. VI, 23.1.2001 n. 6843).
Il Giudice dell'esecuzione si individua sulla scorta dei criteri generali quindi: anche sotto un profilo territoriale, è quello che ha deciso il processo la cui sentenza è passata in giudicato per ultima ex art. 666 comma 4 c.p.p.(Cass., sez. I, 23.2.2011 n. 14636).
Quando si verta in casi di Tribunali suddivisi in più sezioni distaccate, esse non sono considerate uffici autonomi, ma costituiscono semplici articolazioni dell'unico ufficio da cui dipendono: l'eventuale violazione dei criteri di attribuzione degli affari tra sede principale e sede distaccata non da luogo a nullità né è ipotizzabile alcun conflitto di competenza tra sedi distaccate e sede principale (Cass., sez. I, 29.11.2006 n. 42172, rv 235571).

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Quanto all'offerta dei materiali probatori su cui si sviluppa la procedura (si ricorda che la "cognizione del giudice ex art. 671 c.p.p." ha ad oggetto le sentenze passate in giudicato, che hanno esaminato i fatti tra cui si invoca la continuazione) il condannato può chiedere la loro acquisizione, quando non ne disponga personalmente, e ciò non solo nell'atto introduttivo ma anche con memorie successive, purché comunque l'Accusa abbia termine per controdedurre. Ev stata infatti disattesa quella teoria per cui l'art. 186 disp. att. configurerebbe l'onere dell'ufficio di acquisire solo e soltanto le sentenze di cui si chiede l'allegazione nella prima richiesta che apre il procedimento di esecuzione (Cass., sez. I, 27.1.2011 n. 8056).
Detto procedimento, infatti, non ha natura di impugnazione, ergo non vige il principio devolutivo volto a delimitare il concreto contenuto dell'esecuzione: pertanto anche nel corso di una procedura esecutiva avente diverso oggetto, la parte privata può introdurre una domanda di applicazione della disciplina del reato continuato.

Elementi suggeriti dalla traccia

Il ricorso alla procedura di cui all'art. 671 c.p.p. è ammesso dalla traccia, che non accenna ad eventuale rigetto dell'applicazione dell'istituto del reato continuato da parte dei giudici di merito.

Lo stesso procedimento di applicazione della sola continuazione rispetto ad una sentenza già pregiudicata è ammesso anche davanti al giudice di merito, investito dell'esame di uno o più reati, al quale venga richiesto di applicare la sola porzione di pena, ex art. 81 cpv c.p., prevista come aumento sulla sanzione già inflitta da altro giudice per diversi fatti (purchè siano avvinti dall'usuale requisito della medesimezza del disegno criminoso).

L'operazione è ammessa anche qualora il giudice di merito debba giudicare il reato più grave e le sentenze da mettere in continuazione abbiano giudicato i c.d. reati satellite. In tal caso, sarà sua discrezione stabilire la pena base, e poi riquantificare gli aumenti per i reati meno gravi (Cass., sez. I, 17.1.2011 n. 5832).

Individuazione delle fattispecie di rilievo. Opzioni difensive a disposizione

Una volta che il giudice adito riconosca fondata l'istanza di applicazione della disciplina del reato continuato, deve procedere a determinare la pena finale.

In questa operazione è vincolato comunque dal disposto dell'art. 78 c.p., per cui la pena da applicare non può eccedere il limite di anni trenta di reclusione.

La difesa può suggerire se la fattispecie più grave vada identificata nella condanna a pena più alta, concretamente inflitta, oppure se vada semplicemente individuato il reato più grave tra quelli giudicati dalle varie pronunzie di merito, e quindi ritenuta "più grave" la pena inflitta per la fattispecie più afflittiva sotto un profilo edittale.

Va da sé che nei criteri di calcolo il Giudice non è vincolato dal principio della domanda, per cui quelle del difensore sui criteri di calcolo sono mere argomentazioni di supporto: vale la regola generale, in ogni caso, dell'obbligo di motivazione.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Criteri di calcolo

Il giudice dell'esecuzione che debba procedere alla rideterminazione della pena per la continuazione tra reati separatamente giudicati con sentenze, ciascuna delle quali per più violazioni già unificate a norma dell'art. 81 c.p., deve dapprima scorporare tutti i reati che il giudice della cognizione abbia riunito in continuazione, individuare quello più grave e solo successivamente, sulla pena come determinata per quest'ultimo dal giudice della cognizione, operare autonomi aumenti per i reati satellite, compresi quelli già riuniti in continuazione con il reato posto a base del nuovo computo (Cass., sez. I, 15.12.2009, n. 49748, D. S. in *CED Cass. pen*. 2009, 245987. Vedi anche: Cass. pen., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme:
Cass. pen. n. 4911 del 2009, Cass. pen., sez. I, 27.10.2004 n. 45161).

Deve mantenere ferma la quantificazione operata dal giudice della cognizione, e su essa poi determinare *ex novo* l'aumento a titolo di continuazione, per ciascuno dei reati satellite, anche per quelli già riuniti nella continuazione con il reato più grave posto alla base del nuovo computo (Cass., sez. I, 15.1.2009, n. 4911, N. e altro in *CED Cass. pen*. 2009, rv 243375; sez. I,

10.11. 2009, n. 46905, C. in *CED Cass. pen*. 2009, rv 245684. Vedi anche: Cass. pen. n. 20981 del 2009; sez. I, 8.6.2006 n. 31429; sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 27.10.2004 n. 45161, Cass. pen. n. 6557 del 2000, Cass. pen., sez. I, 8.4.1997 n. 2565, Cass. pen. n. 544 del 1994; n. 32277 del 2003, Cass. pen., sez. I, 6.7.2000 n. 4862.
Ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, il giudice deve tenere conto della sanzione più severa concretamente inflitta, eventualmente previa riduzione di un terzo nel caso di condanna pronunciata con rito abbreviato (Cass., sez. I, 10.12.2008, n. 48204, A. in *CED Cass. pen*. 2008, rv 242660. Vedi anche: Cass., sez. un., 10.11.1998 n. 15; sez. un., n. 748 del 1994; n. 44860 del 2008, sez. I, 31.1.2006 n. 6362; Cass. n. 1612 del 2001; n. 3964 del 1994).
Il criterio della violazione più grave agli effetti della continuazione non è quello della comparazione degli indici di gravità concreta dei reati, bensì quello della più grave pena edittale prevista dal legislatore per ciascun reato da comparare (Cass., sez. III, 26.1.2010, n. 11087 in *CED Cass. pen*. 2010, 246468. Vedi anche: Cass. n. 44860 del 2008. In senso conforme: Cass., sez. un., 10.11.1998 n. 15; sez. un., n. 748 del 1994; n. 6853 del 2009; sez. I, 27.5.2004 n. 26308. In senso difforme: Cass., sez. un., n. 9559 del 1982; n. 19978 del 2009; sez. I, 13.1.1997 n. 4322; sez. I, 13.1.1997 n. 4322; Cass. pen. n. 7818 del 1992).
In tema di continuazione, l'individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena deve essere effettuata in astratto sulla base della comminatoria di legge (Cass. , sez. II, 6.11.2009, n. 47447 in *CED Cass. pen*. 2010, 246431. In senso conforme: Cass., sez. un., 10.11.1998 n. 15; sez. un., n. 748 del 1994; n. 6853 del 2009; sez. I, 27.5.2004 n. 26308. In senso difforme: Cass. n. 19978 del 2009; sez. I, 13.1.1997 n. 4322).
Il criterio per la individuazione della violazione più grave agli effetti della continuazione non è quello della comparazione degli indici di gravità concreta dei reati, bensì quello della più grave pena edittale prevista dal legislatore per ciascun reato da comparare (Cass., sez. IV, 27.1.2009, n. 6853, M. in *CED Cass. pen*. 2009, 242866).
Il giudice dell'esecuzione, nel determinare la pena in riguardo a più condanne, ciascuna per più reati unificati dal vincolo della continuazione, deve riferirsi, quale pena-base, a quella del reato più grave fra tutti e, ferma la quantificazione operata dal giudice della cognizione, su essa deve determinare *ex novo* l'aumento a titolo di continuazione, per ciascuno dei reati satellite, anche per quelli già riuniti nella continuazione con il reato più grave posto alla base del nuovo computo (Cass. , sez. I, 15.1.2009, n. 4911, N. e altro in *CED Cass. pen*. 2009, 243375. Vedi anche: Cass., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass., sez. I, 27.10.2004 n. 45161; n. 6557 del 2000; sez. I, 8.4.1997 n. 2565; Cass. pen. n. 544 del 1994).

Contra

In tema di continuazione, l'individuazione della violazione più grave ai fini di computo della pena deve essere effettuata in concreto e non già con riguardo alla valutazione compiuta in astratto dal legislatore (Cass., sez. III, 24.3.2009, n. 19978, A. in *CED Cass. pen*. 2009, 243723. In senso conforme: Cass., sez. I, 13.1.1997 n. 4322. In senso difforme: Cass., sez. un., 10.11.1998 n. 15; sez. un., n. 748 del 1994; sez. I, 27.5.2004 n. 26308).
Ai fini dell'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato in sede esecutiva, l'individuazione della violazione più grave è affidata al criterio concreto della pena più grave inflitta, che si differenzia da quello applicato in sede di cognizione, dove si ha riguar-

do alla gravità in astratto sulla base della valutazione del titolo di reato e dei limiti edittali di pena (Cass., sez. I, 5.11. 2008, n. 44860, F. in *CED Cass. pen*. 2008, 242198). Vedi anche: Cass., sez. un., n. 748 del 1994; n. 4901 del 1992. In senso conforme: Cass., sez. un., 10.11. 1998 n. 15; sez. I, 31.1.2006 n. 6362).
Il giudice dell'esecuzione, nel riconoscere la continuazione criminosa, è soltanto tenuto, per il computo degli aumenti di pena, a non applicare una pena che superi la somma delle singole condanne (Cass., sez. I, 9.12.2009, n. 48833, G. in *CED Cass. pen*. 2009, rv 24588. Vedi anche: Cass., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass., n. 12704 del 2008; sez. I, 8.6.2006 n. 31429. In senso difforme: sez. I, 29.9.1997 n. 5336; sez. I, 7.3.1995 n. 1413).
In caso di reati-satellite uniti nel vincolo della continuazione a quello più grave, quando il giudice della cognizione non abbia provveduto a stabilire la pena per ciascuno di essi, il giudice dell'esecuzione deve fare riferimento, in virtù del principio del "favor rei", alla pena minima edittale prevista per ogni singolo reato (Cass., sez. I, 26.3.2009, n. 20981, P. in *CED Cass. pen*. 2009, rv 243689. Vedi anche: Cass., sez. un., n. 21501 del 2009; Cass., sez. I, 8.6.2006 n. 31429, Cass., sez. I, 27.10.2004 n. 45161; Cass., n. 32277 del 2003; Cass., sez. I, 6.7.1995 n. 4093; Cass. pen. n. 3478 del 1991).
Il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della continuazione, è vincolato al giudicato solo per l'individuazione del reato più grave e la misura della pena per esso stabilita, mentre può rideterminare gli aumenti di pena per i reati-satellite (Cass. , sez. I, 10.11.2009, n. 46905, C. in *CED Cass. pen*. 2009, 245684. Vedi anche: Cass. pen. n. 20981 del 2009, Cass. pen., sez. I, 8.6.2006 n. 31429. In senso conforme: Cass. pen. n. 32277 del 2003, Cass. pen., sez. I, 6.7.2000 n. 4862).

Svolgimento dell'atto per esteso

TRIBUNALE DI <.....>
SEZ. DISTACCATA DI <.....>
In funzione di giudice dell'esecuzione

E p.c.
Procura
Ufficio Esecuzione

p.p. – RG ESEC <.....> – REG GEN

Istanza ex art. 671 cpp: motivi

Il sottoscritto difensore di S. R., nato a N. in data <.....>, detenuto per questa causa,

chiede

gli sia applicata la disciplina del reato continuato tra le sentenze di cui al provvedimento di cumulo del <.....> e al titolo (ora esecutivo) pronunciato da codesto Tribunale. Trattasi infatti di sentenze pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, ove non è mai stata esclusa dal giudice della cognizione l'applicazione della disciplina del reato continuato, della quale per contro risultano tutti i presupposti.

Giova premettere che chi scrive non ignora i connotati tradizionali dell'istituto di cui invoca l'applicazione, ma ne sostiene l'intervenuta profonda trasfigurazione interpretativa, nel tempo sovrappostasi alla concezione tradizionale.
Il reato continuato non si identifica più, per riassumere, in quella "unica risoluzione criminosa", ove richieste l'identità della disposizione di legge violata (che pure nel caso di specie spesso ricorre) e, almeno secondo l'interprete più rigoroso, quella del soggetto passivo (di cui all'art. 79 del codice Zanardelli).
Anche la "medesimezza di disegno criminoso" (di cui all'art. 81 del codice Rocco) riceve oggi una ricostruzione interpretativa diversa da come fino a qualche anno fa era intesa.
I ritocchi al rigore con cui è stato, all'inizio, concesso il beneficio – quasi un contraltare alla sua efficacia riducente in punto di pena – si sono infatti susseguiti nel tempo e la giurisprudenza ha dimostrato un favore sempre crescente verso il moto estensivo nell'applicazione dell'istituto. Non a caso infatti esiste lo slogan "beneficio della continuazione", a riprova della circostanza che il giudice – soprattutto nei primi anni successivi alla Costituzione, si è spesso trovato a dover attenuare un rigore sanzionatorio non più attuale, almeno per determinate fattispecie di reato di cui al codice Rocco, e per operarlo ha fatto ricorso proprio all'art. 81 cpv e alla sua applicabilità anche in fase esecutiva.
Nel 1974 anche il legislatore è intervenuto esplicitamente e ha rassegnato alla figura del reato continuato il compito di fungere da valvola di sicurezza dando, in definitiva, al giudice il compito di scegliere tra cumulo materiale e cumulo giuridico la risposta sanzionatoria più adatta alle qualità del caso concreto ed alla tipologia di autore.
Dal "medesimo disegno criminoso" sparisce la "considerazione unitaria": si comincia ad ammettere il decorso di tempi anche lunghi tra un fatto di reato e l'altro e financo l'interruzione da parte di sentenze anche definitive: il mito del giudicato ha ceduto il passo di fronte al cemento costituito dal "disegno", capace di consentire al giudice di intervenire (positivamente per il condannato) a prescindere dal percorso giudiziario e dalla tempistica processuale.
La considerazione di massima, che deve ispirare anche la S.V. Ill.ma, è un punto di partenza imprescindibile: la compilazione di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti è affidata alla casualità della scansione processuale. Laddove si abbia a che fare con un soggetto più volte autore di fatti di reato, il numero di estratti esecutivi da porre in (auspicata) esecuzione continuata può dipendere da una variabile infinita di fattori, ed altrettanto dicasi per il contenuto di tali estratti.
Scelte strategiche da parte di difensori diversi (dibattimento a Milano e a Cantu, patteggiamento a Napoli, per esempio), ineccepibilità dei rituali contro errori di notifica (e conseguenti regressi della procedura), irreperibilità dei testimoni contro assensi alla produzione predibattimentale degli atti, e il numero potrebbe proseguire all'infinito.
Quando la Procura stila un ordine di esecuzione, i titoli che vi elenca possono riguardare quali e quante sentenze dipendano da questi ed altri fattori accidentali, assolutamente non imputabili al condannato.
Il reato continuato, per quanto tuttora istituto fortemente limitato (per esempio non si applica ai reati colposi) niente altro è che un concorso di reati con conseguenze sanzionatorie mitigate,e come tale deve essere ricostruito ed applicato.
In particolare si deve ricordare che quel "programma preventivo di azione", a cui viene parificato il requisito della "medesimezza del disegno criminoso" e da cui dipendono tanti dispo-

sitivi di diniego, è una identificazione di pura creazione interpretativa e non promana dalla volontà del legislatore.
Anzi: come autorevolmente affermato[1], frantumato il dato oggettivo dell'identità della disposizione di legge violata, il medesimo disegno criminoso perde definitivamente i contatti con l'elemento soggettivo dei singoli reati componenti per diventare qualcosa di estraneo alla tipicità soggettiva, ma che deve attenere sempre alla stessa sfera: un *quid pluris* che non sempre connota l'intrapresa criminosa, elemento accessorio del solo reato doloso.
Disegno quindi è il "programma" perseguito, che per essere il medesimo in tutta la serie deve essere deliberato una volta per tutte, e poi stolidamente eseguito nelle sue singole scansioni.
La giurisprudenza aveva puntualizzato che non debba coincidere con una "generica scelta di vita dedita al delitto", ma il legislatore ha dato un forte segnale a suo favore quando ha incluso la tossicodipendenza tra gli indici da cui desumere l'applicabilità dell'art. 671 c.p.p.
Questo dato non può essere pretermesso, anche perché il sig. R. era – all'epoca dei fatti – fortemente dipendente dal bisogno di cocaina.
Nonostante l'assunzione di stupefacente, comunque, il sig. R. ha evidentemente programmato in maniera razionale e minuziosa il proprio comportamento criminoso: attraverso canali di approvvigionamento sicuri e, per forza seriali, si è procurato da un lato moduli di documenti sottratti ancora in bianco dagli Uffici pubblici competenti (Comuni, Motorizzazioni, ecc.), che poi con l'ausilio evidentemente di soggetti abili nella materia ha contraffatto aggiungendo ad arte la propria foto; e dall'altro ha ricevuto assegni bancari, a loro volta rubati in ambito postale, che gli sono serviti per creare le false provviste con cui accendere conti correnti da cui trarre – in ulteriore crescendo – altri assegni (senza copertura) spesi per acquistare beni voluttuari, icone del consumo attuale, dal valore crescente (telefonini, automobili).
Sarebbe ingenuo chi credesse che i titoli di cui alla presente richiesta di applicazione della continuazione in sede esecutiva esauriscano il panorama delinquenziale messo in atto tra il 1999 ed il 2006 (data dell'arresto) da parte del richiedente: molti sono ancora i processi in corso, molti si sono definiti con declaratorie di prescrizione, ma comprendono tutti – a gruppi – episodi simili che assieme costituiscono la costellazione criminosa di cui si è reso (anche con altre persone) responsabile.
L'esecuzione del programma – che aveva contenuto unitario essendo assolutamente seriale – è stata frazionata a seconda della scelta del soggetto passivo, della sua collocazione geografica, della sua tipologia merceologica, ma la spinta motivazionale e la messa in opera esecutiva sono assolutamente speculari.
Anche ora pare appropriata una autorevolissima citazione: «più che precedere l'attività pratica dalla quale dovrebbe poi essere eseguito, il disegno criminoso presidia e sorregge e motiva la volontà – esecuzione concreta, che è quella che veramente conta», per cui esso si rinviene in ogni azione, così come ogni azione ha una sua volontà. Non sta a significare una inconcepibile unità «(...) ma un particolare valore del disegno, *rectius* dei vari disegni inerenti alle diverse condotte".
Tutto ciò premesso, possono essere brevemente messi in luce gli elementi a favore della riconoscibilità dei connotati caratteristici l'istituto di cui si invoca l'applicazione:

[1] Brunelli, *«Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto»,* in *Cass. pen.* 2009, 7-8, 2749.

I) Il **contesto spazio temporale** in cui le condotte sono state poste in essere le rende contigue e spesso contestuali, e soltanto lo scollamento temporale tra varie indagini ha impedito di riunirle in fase dibattimentale.
Va premesso che la scrivente difesa, al momento, non dispone dei primi due titoli di cui al cumulo sub 1, non avendo difeso il sig. R. nel merito, o comunque non avendo avuto alcuna occasione per chiedere copia degli atti relativi, pertanto può disquisire in relazione agli altri sei processi le cui sentenze conclusive sono ora in esecuzione, oltre a quello – evidentemente – discusso a Cantu.
«Ai fini del riconoscimento della continuazione in sede esecutiva, l'onere di allegazione gravante sul condannato deve ritenersi soddisfatto anche con la semplice indicazione o produzione delle sentenze relative ai reati di cui si richiede l'unificazione, senza che egli debba adempiere l'ulteriore onere di specificare le ragioni da cui è desumibile l'esistenza di un medesimo disegno criminoso»[2].
Va da sé che il giudice dell'esecuzione possa (e per certa giurisprudenza debba) acquisire i titoli, per cui questo difensore si riserva di analizzare le due citate sentenze una volta rinvenutele nel fascicolo[3].
Dall'esame degli incarti processuali, già a disposizione, si trae conferma dell'assunto. Iniziando dalla precisazione delle date di esecuzione dei vari reati, i titoli accorpati dal provvedimento di esecuzione di pene concorrenti, emesso dalla Procura esecuzione di Milano il <.....>, qui in esame, si identificano rispettivamente nelle:

- sent. Monza 1.1.2006 (titolo sub 4 del cumulo 1.1, qui allegata come doc. 1): fatti commessi in Monza nel marzo 2000;
- sent. Trib. Milano 2.2.2007, RG TRIB (titolo sub 5 del cumulo 1.1, qui allegata come doc. 2): fatti commessi in Milano il 22 dicembre 2004;
- sent. Trib. Milano 3.3.2007, RG TRIB (titolo sub 6 del cumulo 1.1., qui allegata come doc. 3): fatti commessi in Milano dal 21 al 30 dicembre 2004;
- sent. Trib. Milano 4.4.2006, RG TRIB (titolo di cui al cumulo 1.2, qui allegata come doc. 4): fatti commessi in Milano tra il 18 settembre e il 12 novembre 2002;
- sent. Trib. Milano 5.5.2007, RG TRIB (titolo di cui al cumulo 1.3, qui allegata come doc. 5): fatti accertati e/o commessi tra giugno e luglio 2001
- sent. Trib. Milano 6.6.2008, RG TRIB (titolo di cui al cumulo in esecuzione, punto 2, qui allegata come doc. 6) : fatti accertati dal 15 al 27 dicembre 2004.

Ad esse si aggiungono la sentenza di applicazione pena concordata, emessa dal Gip di Napoli (doc. 7) e la sentenza del giudice monocratico di Cantu che fonda la competenza di codesto Giudice dell'esecuzione (doc. 8).

[2] *Cass. penale, sez. I, 30.3.2010, n. 14188, R. in* CED Cass. pen. *2010, rv 246840. Vedi anche: Cass. pen. n. 40342 del 2003, Cass. pen., sez. I, 25.9.1995 n. 4565, Cass. pen. n. 5518 del 1994, Cass. pen. n. 2229 del 1994, Cass. pen. n. 1315 del 1994. In senso conforme: Cass. pen. n. 9180 del 2007, Cass. pen. n. 2934 del 2000, Cass. pen. n. 6587 del 1997, Cass. pen. n. 5153 del 1996, Cass. pen., sez. I, 6.2.1996 n. 784. In senso difforme: Cass. pen. n. 1043 del 1993, Cass. pen. n. 898 del 1993.*

[3] *Ev affetto da vizio di motivazione, e va pertanto annullato con rinvio, il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione, omettendo l'acquisizione di copia delle relative decisioni di condanna, dichiari la mancanza del nesso di continuazione tra i reati che ne hanno costituito oggetto (Cass. pen. sez. I, 29.4.2010, n. 19987, O. in* CED Cass. pen. *2010, rv 247593. Vedi anche: Cass. pen., sez. I, 10.2.1995 n. 802, Cass. pen. n. 2229 del 1994, Cass. pen. n. 1544 del 1993, Cass. pen. n. 1218 del 1993, Cass. pen. n. 4292 del 1992).*

Balza subito all'occhio come, anzitutto, si possa registrare almeno un fatto – o più fatti a loro volta messi in continuazione in fase di cognizione – per ogni anno della forbice temporale di soli quattro anni: un episodio nel 2000, due nel 2001 (di cui uno commesso in Cantu), uno nel 2002 e ben tre nel 2004.
Nei tre titoli concernenti il 2004, poi, il periodo in cui commessi e/o accertati i fatti risulta assolutamente coincidente. Da questo si può quindi iniziare la trattazione.
I titoli allegati sub doc. 2, 3 e 6 vanno esaminati immediatamente, atteso che su questi si profila senza particolare difficoltà la medesimezza di disegno criminoso, l'identità di condotta, da cui si deduce l'applicabilità della disciplina del reato continuato.
Infatti:

Con la sentenza n. <.....> (doc. 6), parzialmente riformata dalla Corte d'Appello (doc. 6.2) solo con riferimento all'esclusione di un'aggravante, il signor R. è stato condannato alla pena di anni due mesi uno giorni 20 di reclusione e € 700 di multa in ordine alle seguenti imputazioni:

a) 648 c.p. per aver acquistato a fine di profitto e consapevole della illecita provenienza gli assegni bancari n. – della Banca X, tratto sul conto n. 000000 intestato alla soc. Y, provento di un furto in ambito postale denunciato il 28 dicembre 2004 a Z., ma negoziato il giorno prima, 27 dicembre 2004, e n. – Banca K, ag. Monza, tratto sul conto n. 11111111 intestato a Tizio, provento di furto in ambito postale, denunciato il 15 dicembre 2004 e negoziato in pari data;

b) 485-491 per aver cambiato gli importi degli assegni ed essersi sostituito ai beneficiari.

Con la sentenza n. <.....> (doc. 3), confermata dalla Corte d'appello di Milano (doc. 3.2), il richiedente è stato condannato alla pena di anni quattro e mesi sei di reclusione e E 3000 di multa in ordine alle seguenti imputazioni:
a) 485-491, 61 n. 2 c.p. per aver alterato due assegni bancari, rispettivamente n. 2222222, tratto da Banca V., fil. di L., con beneficiario Caio, e n. 333333 tratto sulla Banca T. di W., a beneficio di Sempronio, ambedue rubati in ambito postale, ed avervi apposto la propria firma per l'incasso;

b) 648 bis c.p. (riqualificato in 648 c.p. in sentenza) per aver versato i due assegni di cui sopra presso l'agenzia n. <.....> della Banca di M., ed averne tratto la (falsa) provvista per il rilascio di un carnet di assegni;

c) 640 c.p., per aver utilizzato uno degli assegni di cui al carnet di cui sopra per acquistare un motoveicolo Kawasaki presso il concessionario P. di Milano.

Da ultimo con **sentenza n. <.....> (doc. 2)** è stato condannato alla pena di mesi sei di reclusione per aver consegnato un assegno privo di provvista in pagamento di due telefoni cellulari, in Milano, il 22 dicembre 2004 (fatto riqualificato in insolvenza fraudolenta).
Le modalità sono identiche, almeno nelle prime due sentenze (nella terza manca il riferimento al reato presupposto, ossia da dove provenisse l'assegno speso per l'acquisto, ma ciò è conseguenza di una carenza investigativa, non imputabile al condannato).
L'accusa più frequente è quella di aver ricevuto assegni, rubati in ambito postali, averne alterato importo e beneficiario, ed averli versati su nuovi conti correnti, col che traendone la provvista apparente per ottenere carnet di (altri e ulteriori) assegni, da spendere poi per acquisti vari.

Il contesto temporale è quello tipico, inequivocabilmente destinato alle spese, del Natale (del 2004, nella specie).
Precise le imputazioni, identiche le fattispecie contestate: ricettazione, falso, truffa (il che peraltro è il *modus operandi* di S. R., o quanto meno era all'epoca dei fatti).
Ma altrettanto può affermarsi per gli altri titoli in esecuzione.

II) Anche il **contesto soggettivo** e le **modalità operative** denotano l'assoluta medesimezza del disegno criminoso, identificabile in una evidente finalità lucrativa.
La sentenza del **Tribunale di Monza (doc. 1)** che condanna a mesi dieci di reclusione ed € 300 di multa, confermata in appello (doc. 1.2) contesta ricettazione di un modulo di carta di identità e di un modulo di assegno bancario rubato, falsificazione del primo con apposizione della propria fotografia, quindi spendita del secondo come acconto per l'acquisto di una Fiat Seicento. Dalla lettura della motivazione si deduce che, anche in questo episodio, il R. si sarebbe presentato presso una concessionaria auto, ove ha esibito vari documenti contraffatti ed ha ottenuto un finanziamento. Il ritiro della Fiat Seicento, peraltro, è stato eseguito da una donna, la quale ha compilato anche l'assegno. Sarebbe stata certamente più corretta un'imputazione concorsuale, che difetta nel titolo in esame, ma ci basti la parte motiva per dedurre che, come per esempio nella vicenda giudicata dal Tribunale di Milano, R. si è avvalso di complice femminile.
La **sentenza n. -** del Tribunale di Milano (**doc. 4**), confermata dalla Corte d'appello locale (doc. 4.2) ha condannato alla pena di anni uno e mesi sei di reclusione il sig. R. per aver falsificato sia una carta di identità sia un titolo di credito mediante girata e con questi aver truffato certo Mevio per l'acquisto di mobili per un controvalore di euro 2000.
Anche in tal caso si legge in motivazione che una donna avrebbe accompagnato l'imputato nel negozio di Cesano Boscone, che questi era in possesso di un titolo di credito di provenienza delittuosa, utilizzato «a coronamento di una messinscena per trarre in inganno il R. e indurlo a consegnare i mobili, provocando un danno patrimoniale. Per rafforzare la messinscena, ha anche utilizzato una carta di identità contraffatta, concorrendo nella falsificazione dato che solo lui poteva fornire una fotografia con la propria effige» (sent., pag. 2).
La **sentenza n. <.....> (doc. 5)** del Tribunale di Milano (confermata dalla Corte d'Appello, doc. 5.2) ha inflitto al signor R. la pena draconiana anni sei mesi sei di reclusione, ed € 6000 di multa, in ordine alla ricettazione di una carta di identità nel luglio 2001, la sua contraffazione mediante apposizione della sua foto, l'uso della predetta per acquistare un Ford Ka mediante truffa alla finanziaria C. (a cui presentatosi come Paride). In questa vicenda le complici femminili sono identificate e condannate parimenti, ree di una serie di condotte di reato assolutamente speculari a quelle del R. in questo e negli altri processi in esame in questa sede. Non può non rilevarsi come, per esempio, i moduli di documento di identità provengano quasi senza eccezione dal centro Italia (Marche ed Emilia Romagna). Anche in questa sentenza, peraltro, la motivazione ricorda come l'imputato – che pur risponde monosoggettivamente dei reati a lui ascritti – sia stato accompagnato presso il concessionario V. da un'altra persona di sesso femminile mai identificata (motivazioni, pag. 6).
La **sentenza di Cantu (doc. 8)** confermata dalla Corte d'appello di Milano (doc. 8.2) a sua volta contempla e giudica fatti commessi nell'ottobre del 2001 assolutamente speculari a quelli finora studiati. I capi di imputazione registrano ancora la ricettazione di due assegni, la loro artificiosa compilazione, l'uso di una patente totalmente falsa, la truffa ad un auto-

noleggio, seguita dall'appropriazione indebita della vettura locata, e l'emissione di assegni privi di copertura.

III) Per contro, l'attuale stato di detenzione ha avuto inizio con un'ordinanza cautelare del **Tribunale di Napoli** per un fatto di stupefacenti (di cui alla sentenza in esecuzione del Gip di Napoli, definitiva dal 2 luglio 2007, **doc. 7**), segno che già all'epoca il sig. R. si era allontanato da Milano ed aveva abbandonato le compagnie qui frequentate e con esse la condotta truffaldina tenuta fino a quel momento.
Per altro verso, invece, questo titolo dimostra lo status di assuntore di stupefacenti e coagula, sotto il profilo specifico, gli altri in quell'unicità motivazionale introdotta dal legislatore a favore del soggetto che delinque in quanto tossicodipendente.
Infatti, in tema di reato continuato, a seguito della modifica dell'art. 671 comma 1 c.p.p. ad opera della l. n. 49 del 2006, lo **stato di tossicodipendenza**, pur non comportando automaticamente il riconoscimento dell'unicità del disegno criminoso, può giustificarlo con riguardo ai reati che siano collegati e dipendenti a tale stato, sempre che sussistano anche le altre condizioni individuate dalla giurisprudenza per la sussistenza della continuazione (Cass. pen., sez. V, 23.2.2010, n. 10797, R. in *CED Cass. pen*. 2010, rv 246373. Vedi anche: Cass. pen. n. 9876 del 2007, Cass. pen. n. 40724 del 2006. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 14.2.2007 n. 7190).
Detta modifica normativa ha carattere sostanziale ed è quindi operativa anche ai fini dell'applicazione dell'art. 81, comma 2, c.p. in sede di cognizione, poiché introduce un criterio normativo nel canone di valutazione indiziaria dell'atteggiamento interiore costituito dall'unitarietà del disegno criminoso che caratterizza il reato continuato.
Tale disposizione, peraltro, non implica che lo stato di tossicodipendenza renda necessariamente configurabile la continuazione fra tutti i reati che, in costanza di tale stato, siano compiuti da un dato soggetto, ma implica semplicemente che il giudice ha l'obbligo di tener conto di detto stato, fermo restando il principio per cui l'unicità del disegno criminoso non può identificarsi in un generico programma di attività delinquenziale, ma richiede la previa individuazione, fin dalla commissione del primo episodio, di tutti i successivi, almeno nelle loro connotazioni fondamentali, di guisa che lo stato di tossicodipendenza in tanto assume rilievo in quanto contribuisca a rendere riconoscibile la sussistenza di detta imprescindibile condizione (Cass. pen., sez. IV, 22.5.2009, n. 26397, V. e altro in *Guida al diritto* 2009, 39, 86).
Un cumulo ad anni ventuno denota il rigore di una pena più meritevole di un omicidio aggravato che delle truffe ai negozi di telefonia mobile, come nella gran parte dei titoli qui raccorpati.

In diritto

Premesse queste doverose puntualizzazioni sugli elementi concreti del fatto specifico, preme a questa difesa verificare, alla luce delle norme invocate e della loro interpretazione corrente, la fondatezza dell'istanza corrente.
L'istituto richiamato, lo si è detto già più volte, è quello disciplinato dall'art. 671 c.p.p. che richiama l'art. 81 cpv c.p.
Procedendo quindi per esclusione delle condizioni ostative, va anzitutto puntualizzato che la regola da ultimo ricordata, concernente la recidiva, non va applicata nel caso di specie. Non

solo infatti al richiedente non è mai stata contestata ai sensi dell'art. 99 comma 4 c.p., ma altresì l'operatività del principio è ostacolata dal principio *tempus regit actum.*
L'ultimo comma dell'art. 82 è stato infatti aggiunto dall'art. 5 della legge 5.12.2005, n. 251, e la giurisprudenza sul punto ha chiarito come detta novella codicistica non si applichi con riguardo alle condanne per reati commessi anteriormente alla entrata in vigore della predetta legge (Cass. pen., sez. I, 10.11.2009, n. 44670, M. in *CED Cass. pen*. 2009, 245685. Vedi anche: Cass. pen., sez. I, 10.1.2007 n. 3656. In senso conforme: Cass. pen. n. 13788 del 2008, Cass. pen. n. 2095 del 2008).
Il limite di aumento minimo per la continuazione pari ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, introdotta con la novella dell'art. 81, comma 4, c.p. ad opera della legge n. 251 del 2005, si applica a condizione che l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una sentenza definitiva precedente al momento della commissione dei reati per i quali si procede. (cfr. Corte cost., ordd. n. 193 del 2008 e 171 del 2009. Cass. pen., sez. I, 2.7.2009, n. 32625 in *CED Cass. pen*. 2009, 244843. Vedi anche: Cass. pen. n. 37482 del 2008, Cass. pen. n. 13788 del 2008).
Sgombrato il campo da questo, si può passare a valutare, uno per uno, i connotati dell'istituto.
Il più corposo, rivisitato e dibattuto è stato in parte già affrontato all'inizio di questa trattazione: le condizioni di applicabilità. Si è ricordato come le stesse siano cambiate nella dizione di legge, sia col passaggio dal codice penale pre-vigente a quello tuttora in uso, sia con le stratificazioni normative su quest'ultimo sovrappostesi.
Altrettanto, ma in misura certamente più ostile ad un veloce superamento del rigore iniziale, ha dimostrato la giurisprudenza.
L'apparente scarsa propensione a largheggiare con il riconoscimento del beneficio della continuazione in esecuzione dipende certamente dalla *ratio* dell'istituto, su cui giudici di merito e di legittimità concordano: «In tema di reato continuato, il trattamento sanzionatorio più mite che può conseguire all'unificazione di più reati col vincolo della continuazione trova la sua fondamentale giustificazione nella sussistenza del medesimo disegno criminoso, elemento psicologico unificante le varie condotte e rivelatore di una minore capacità a delinquere, che non è configurabile quando le singole violazioni di legge siano soltanto effetto di autonome determinazioni ideate ed attuate di volta in volta, ciascuna scaturita da una situazione nuova e successiva, non considerata e non prevedibile in un disegno criminoso unico» (Uff. Indagini preliminari Bari, 16.3.2009, in *Giurisprudenzabarese.it* 2009).
La *ratio* della più mite disciplina sanzionatoria del reato continuato sta nell'apprezzamento del minor disvalore sociale che connota più reati che non scaturiscano da altrettanti diversi progetti, ma conseguano, invece, a un'unica determinazione criminosa che abbia, poi, informato di sé tutti i singoli e diversi reati posti in essere anche in tempi diversi. Peraltro, a tal fine non basta la generale tendenza a porre in essere determinati reati, magari della stessa specie o indole, essendo invece richiesto l'accertamento comunque dell'unicità del programma criminoso, nel contesto del quale siano stati posti in essere i singoli reati (Cass. pen., sez. IV, 11.2.2009, n. 14432, F. in *Guida al diritto* 2009, 19 92) ([4]).
In omaggio a questo principio, la giurisprudenza – almeno un tempo – ha preteso che il

[4] *Vedi anche: Cass. pen. n. 44860 del 2008. In senso conforme: Cass. pen., sez. un., 10 novembre 1998 n. 15; Cass. pen., sez. un., n. 748 del 1994, Cass. pen., sez. I, 27.5.2004 n. 26308. In senso difforme: Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 1997 n. 4322.*

richiedente assolvesse ad un preciso onere di allegazione degli elementi specifici e concreti a sostegno, non essendo sufficiente il mero riferimento alla contiguità cronologica degli addebiti ovvero all'identità o analogia dei titoli di reato, in quanto indici sintomatici non di attuazione di un progetto criminoso unitario quanto di una abitualità criminosa e di scelte di vita ispirate alla sistematica e contingente consumazione di illeciti (Cass. pen., sez. V, 6.5.2010, n. 21326, F. in *CED Cass. pen*. 2010, rv 247356. In senso conforme: Cass. pen. n. 5305 del 2009, Cass. pen., sez. I, 25.9.1995 n. 4565) ([5]).

Il criterio non inteso restrittivamente, perché la stessa Suprema Corte ha precisato come, pur confermando che l'elemento caratterizzante l'istituto della continuazione va ravvisato nell'unicità del disegno criminoso, e che esso va inteso quale scopo unitario dei singoli reati (i quali si presentano pertanto come realizzazione di un programma) è sufficiente che quest'ultimo sia delineato a grandi linee *ab initio* nella mente del soggetto.

Tale originaria preordinazione dei singoli episodi criminosi va intesa, quindi, nel senso che, da quando si commette la prima violazione, le altre devono essere già deliberate, per cui le singole manifestazioni della volontà violatrice della norma o delle norme esprimono l'attuazione, sia pur dilazionata nel tempo, di un unico disegno criminoso (Cassazione penale, sez. V, 25.9.2009, n. 49476, N. in *Guida al diritto* 2010, 10, 94).

In tema di reato continuato l'identità del disegno criminoso è apprezzabile sulla base degli elementi costituiti dalla distanza cronologica tra i fatti, dalle modalità della condotta, dalla tipologia dei reati, dal bene tutelato, dalla omogeneità delle violazioni, dalla causale, dalle condizioni di tempo e di luogo, anche (soltanto) attraverso la constatazione di alcuni soltanto di detti elementi purché significativi. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione aveva escluso la configurabilità della continuazione fra una pluralità di delitti di ricettazione, alcuni dei quali commessi a breve distanza di tempo tra di loro) (Cass. pen., sez. I, 5.11.2008, n. 44862, L. in *CED Cass. pen*. 2008, 242098. Vedi anche: Cass. pen. n. 35797 del 2006, Cass. pen. n. 21496 del 2006, Cass. pen. n. 11240 del 2001, Cass. pen., sez. I, 4.7.1995 n. 4019, Cass. pen. n. 1745 del 1994. In senso conforme: Cass. pen. n. 1587 del 2000, Cass. pen. n. 396 del 1994. Conf. Sez. I, sent. 5.11.2008 n. 44861, non massimata).

Tra tali elementi rivelatori dell'identità del disegno criminoso non possono non essere apprezzati la distanza cronologica tra i fatti, le modalità della condotta, la sistematicità, le abitudini programmate di vita, la tipologia dei reati, il bene protetto, l'omogeneità delle violazioni, la causale, le condizioni di tempo e di luogo ed è proprio attraverso questi indici o alcuni soltanto di questi indici – purché siano pregnanti e idonei a essere privilegiati in direzione del riconoscimento o del diniego del vincolo della continuazione – che il giudice deve apprezzare la sussistenza o no della deliberazione unitaria di fondo idonea a "cementare" le singole violazioni (nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la decisione del giudice dell'esecuzione che aveva rigettato la richiesta di riconoscimento della continuazione limitandosi a considerare la non contiguità temporale delle condotte criminose) (Cass. pen., sez. I, 21.10.2008, n. 43043, C. in *Guida al diritto* 2009, 1 95).

[5] *Cass. pen., sez. VII, 16.12.2008, n. 5305, D. in* CED Cass. pen. *2008, rv 242476. Vedi anche: Cass. pen. n. 43667 del 2007, Cass. pen. n. 35797 del 2006, Cass. pen. n. 6587 del 1997. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 25.9.1995 n. 4565, Cass. pen. n. 891 del 1994, Cass. pen. n. 396 del 1994. In senso difforme: Cass. pen. n. 5153 del 1996, Cass. pen., sez. I, 6.2.1996 n. 784, Cass. pen., sez. I, 10.2.1995 n. 802, Cass. pen. n. 4292 del 1992, Cass. pen. n. 2955 del 1991.*

E questi elementi ricorrono pacificamente nel caso di specie, come si è visto.
Il secondo *punctum* (apparentemente) *dolens* concerne i **criteri di calcolo** e **l'individuazione del reato più grave.**
Nei casi come quello in esame, dove il Giudice della cognizione abbia già, per le fattispecie sottoposte alla sua attenzione, applicato l'art. 81 cpv c.p., la Cassazione impone di procedere in due fasi.
Il giudice dell'esecuzione che debba procedere alla rideterminazione della pena per la continuazione tra reati separatamente giudicati con sentenze, ciascuna delle quali per più violazioni già unificate a norma dell'art. 81 c.p., deve dapprima scorporare tutti i reati che il giudice della cognizione abbia riunito in continuazione, individuare quello più grave e solo successivamente, sulla pena come determinata per quest'ultimo dal giudice della cognizione, operare autonomi aumenti per i reati satellite, compresi quelli già riuniti in continuazione con il reato posto a base del nuovo computo (Cass. pen., sez. I, 15.12.2009, n. 49748, D. S. in *CED Cass. pen*. 2009, 245987. Vedi anche: Cass. pen., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass. pen. n. 4911 del 2009, Cass. pen., sez. I, 27.10.2004 n. 45161).
Il giudice dell'esecuzione, nel determinare la pena in riguardo a più condanne, ciascuna per più reati unificati dal vincolo della continuazione, deve riferirsi, quale pena-base, a quella del reato più grave fra tutti e, ferma la quantificazione operata dal giudice della cognizione, su essa deve determinare *ex novo* l'aumento a titolo di continuazione, per ciascuno dei reati satellite, anche per quelli già riuniti nella continuazione con il reato più grave posto alla base del nuovo computo (Cass. pen., sez. I, 15.1.2009, n. 4911, N. e altro in *CED Cass. pen*. 2009, rv 243375. Vedi anche: Cass. pen., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 27.10.2004 n. 45161, Cass. pen. n. 6557 del 2000, Cass. pen., sez. I, 8.4.1997 n. 2565, Cass. pen. n. 544 del 1994).
Infatti, in sede di applicazione della continuazione, il giudice dell'esecuzione è vincolato al giudicato solo per l'individuazione del reato più grave e la misura della pena per esso stabilita, mentre può rideterminare gli aumenti di pena per i reati-satellite (Cass. pen., sez. I, 10.11.2009, n. 46905, C. in *CED Cass. pen*. 2009, rv 245684. Vedi anche: Cass. pen. n. 20981 del 2009, Cass. pen., sez. I, 8.6.2006 n. 31429. In senso conforme: Cass. pen. n. 32277 del 2003, Cass. pen., sez. I, 6.7.2000 n. 4862).
Nel determinare la pena in riguardo a più condanne, ciascuna per più reati unificati dal vincolo della continuazione, dovrà quindi riferirsi, quale pena-base, a quella del reato più grave fra tutti e, ferma la quantificazione operata dal giudice della cognizione, su essa deve determinare *ex novo* l'aumento a titolo di continuazione, per ciascuno dei reati satellite, anche per quelli già riuniti nella continuazione con il reato più grave posto alla base del nuovo computo (Cass. pen., sez. I, 15.1.2009, n. 4911, N. e altro in *CED Cass. pen*. 2009, 243375. Vedi anche: Cass. pen., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 27.10.2004 n. 45161, Cass. pen. n. 6557 del 2000, Cass. pen., sez. I, 8.4.1997 n. 2565, Cass. pen. n. 544 del 1994).
Fin qui, l'operazione non parrebbe ardua.
La questione controversa però concerne proprio l'individuazione del reato più grave, punto di partenza di qualsiasi successivo calcolo, posto che su questa la giurisprudenza oscilla tra due opposte soluzioni.
Da un lato si sostiene che, ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, il giudice deve tenere conto della sanzione più severa concreta-

mente inflitta (Cass. pen., sez. I, 10.12.2008, n. 48204, A. in *CED Cass. pen*. 2008, rv 242660. Vedi anche: Cass. pen., sez. un., 10.11.1998 n. 15, Cass. pen., sez. un., n. 748 del 1994, Cass. pen. n. 44860 del 2008, Cass. pen., sez. I, 31.1.2006 n. 6362, Cass. pen. n. 1612 del 2001, Cass. pen. n. 3964 del 1994).
Ma già su questa individuazione v'è chi puntualizza ulteriormente che il criterio della violazione più grave agli effetti della continuazione non è quello della comparazione degli indici di gravità concreta dei reati, bensì quello della più grave pena edittale prevista dal legislatore per ciascun reato da comparare (Cass. pen., sez. III, 26.1.2010, n. 11087 in *CED Cass. pen*. 2010, 246468. Vedi anche: Cass. pen. n. 44860 del 2008. In senso conforme: Cass. pen., sez. un., 10.11.1998 n. 15, Cass. pen., sez. un., n. 748 del 1994, Cass. pen. n. 6853 del 2009, Cass. pen., sez. I, 27.5.2004 n. 26308).
In senso difforme, però: Cass. pen., sez. un., n. 9559 del 1982, Cass. pen. n. 19978 del 2009, Cass. pen., sez. I, 13.1.1997 n. 4322, Cass. pen., sez. I, 13.1.1997 n. 4322, Cass. pen. n. 7818 del 1992).
Conformemente: «In tema di continuazione, l'individuazione della violazione più grave ai fini del computo della pena deve essere effettuata in astratto sulla base della comminatoria di legge» (Cass. pen., sez. II, 6.11.2009, n. 47447 in *CED Cass. pen*. 2010, 246431; Cass. pen., sez. un., 10.11.1998 n. 15, Cass. pen., sez. un., n. 748 del 1994, Cass. pen. n. 6853 del 2009, Cass. pen., sez. I, 27.5.2004 n. 26308).
Il criterio della più grave pena edittale prevista dal legislatore per ciascun reato da comparare sembrerebbe maggioritario per la individuazione della violazione più grave agli effetti della continuazione (Cass. pen., sez. IV, 27.1.2009, n. 6853, M. in *CED Cass. pen*. 2009, 242866).
Se non che si registra anche un indirizzo fortemente contrario, per il quale in tema di continuazione, l'individuazione della violazione più grave ai fini di computo della pena deve essere effettuata in concreto e non già con riguardo alla valutazione compiuta in astratto dal legislatore (Cass. pen., sez. III, 24.3.2009, n. 19978, A. in *CED Cass. pen*. 2009, 243723. In senso conforme: Cass. pen., sez. I, 13.1.1997 n. 4322).
Ai fini dell'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato in sede esecutiva, l'individuazione della violazione più grave è affidata al criterio concreto della pena più grave inflitta, che si differenzia da quello applicato in sede di cognizione, dove si ha riguardo alla gravità in astratto sulla base della valutazione del titolo di reato e dei limiti edittali di pena (Cass. pen., sez. I, 5.11.2008, n. 44860, F. in *CED Cass. pen*. 2008, 242198. Vedi anche: Cass. pen., sez. un., n. 748 del 1994, Cass. pen. n. 4901 del 1992. In senso conforme: Cass. pen., sez. un., 10.11. 1998 n. 15; Cass. pen., sez. I, 31.1. 2006 n. 6362; Cass. pen. n. 1612 del 2001).

***

In concreto, nel caso di specie, è chiaro che abbracciare l'uno o l'altro criterio modifica (sia pur di poco) il risultato finale.
Se si dovesse prediligere il primo, e sempre partendo dal presupposto che anche la pena patteggiata a Napoli possa rientrare nel novero (il che non è assolutamente doveroso, atteso che la natura favorevole al condannato dell'istituto ben consente di scorporare dal provvedimento quel titolo esecutivo che, per sua natura o collocazione temporale o ancora per il tipo di imputazione su cui ha deciso, risulti ostativo al riconoscimento del beneficio per tutti gli

altri), quella sarebbe la sentenza da cui trarre il c.d. reato più grave, tenuto conto che la pena edittale prevista per il delitto di cui all'art. 73, 80 comma 2 D.P.R. n. 309/1990 e succ. modif. è la più alta.
La pena base su cui questo Giudice dell'esecuzione dovrebbe riformulare gli aumenti per i reati satellite quindi si individuerebbe in anni quattro e mesi due di reclusione oltre a E 20.000.= di multa (pena peraltro già integralmente scontata dall'imputato, che non solo vi ha subito custodia cautelare dal novembre 2006, ma avendo optato per un patteggiamento si è visto passare in giudicato la sentenza in brevissimo lasso di tempo).
Se invece dovesse aversi riguardo per il *decisum* che ha inflitto la pena in concreto più alta, bisognerebbe riferirsi alla sentenza n. 1973 del 20 febbraio 2007, emessa dal Tribunale di Milano, sez. IV penale e confermata da codesta sezione di Corte d'Appello, che ha condannato R. alla pena di anni sei e mesi sei di reclusione (oltre alla multa) e quindi all'interno di questa identificare il reato più grave nel capo S) di imputazione, dal che la pena base per il calcolo ex art. 671 c.p.p. si quantifica in anni quattro di reclusione.
Una volta identificato il reato più grave, quale che sia il criterio che la S.V. Ill.ma vuole seguire, gli aumenti da infliggere per gli altri reati in continuazione sono a sua discrezione: il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della continuazione, è vincolato al giudicato solo per l'individuazione del reato più grave e la misura della pena per esso stabilita, mentre può rideterminare gli aumenti di pena per i reati-satellite (Cass. pen., sez. I, 10.11.2009, n. 46905, C. in *CED Cass. pen*. 2009, 245684. Vedi anche: Cass. pen. n. 20981 del 2009, Cass. pen., sez. I, 8.6.2006 n. 31429. In senso conforme: Cass. pen. n. 32277 del 2003, Cass. pen., sez. I, 6.7.2000 n. 4862).
Se poi il giudice della cognizione non ha provveduto a stabilire la pena per ciascuno dei reati-satellite uniti nel vincolo della continuazione, il giudice dell'esecuzione deve fare riferimento, in virtù del principio del *favor rei*, alla pena minima edittale prevista per ogni singolo reato (Cass. pen., sez. I, 26.3.2009, n. 20981, P. in *CED Cass. pen*. 2009, rv 243689. Vedi anche: Cass. pen., sez. un., n. 21501 del 2009, Cass. pen., sez. I, 8.6.2006 n. 31429, Cass. pen., sez. I, 27.10.2004 n. 45161, Cass. pen. n. 32277 del 2003, Cass. pen., sez. I, 6.7.1995 n. 4093, Cass. pen. n. 3478 del 1991).
Con l'unico limite per cui è tenuto, per il computo degli aumenti di pena, a non applicare una pena che superi la somma delle singole condanne (Cass. pen., sez. I, 9.12.2009, n. 48833, G. in *CED Cass. pen*. 2009, rv 245889. Vedi anche: Cass. pen., sez. V, 10.2.2006 n. 11587. In senso conforme: Cass. pen. n. 12704 del 2008, Cass. pen., sez. I, 8.6.2006 n. 31429 ma in senso difforme: Cass. pen., sez. I, 29.9.1997 n. 5336, Cass. pen., sez. I, 7.3.1995 n. 1413, giurisprudenza quest'ultima abbastanza risalente da potersi ritenere superata).
Tutto ciò premesso, riservandosi ulteriori deduzioni una volta esaminati i titoli in esecuzione di cui la scrivente difesa non dispone al momento, si insiste per la concessione del beneficio della continuazione in esecuzione a favore del sig. S. R.

Delega al deposito al dott. – dello studio.
Con osservanza
Milano, il <.....>

Avv. <.....>

ELENCO ALLEGATI

1) sentenza Tribunale Monza
1.2) sentenza Corte d'appello di Milano

2) sentenza Tribunale di Milano

3.1) sentenza Tribunale di Milano
3.2) sentenza Corte d'appello di Milano

4.1) sentenza Tribunale di Milano
4.2) sentenza Corte d'appello

Le sentenze in evidenza

Tribunale di Milano, XI sez. pen., ord., 26 gennaio 2001

Ordinanza
decidendo sulle richieste ex art. 671 e 673 c.p.p. avanzate da D.A. in data 9.7.2010 ad oggetto:
- il riconoscimento del vincolo della continuazione tra i fatti giudicati con sentenze emesse dal tribunale di Milano in data 15.6.009, irr. il 5.11.2009, e in data 6.10.2009, irr. il 16.1.2010;
- l'eliminazione della pena inflitta in relazione all'aggravante della clandestinità, di cui all'art. 61 n. 11 bis c.p., ritenuta in entrambe le sentenze sopra indicate (nel primo caso con giudizio di equivalenza rispetto alle attenuanti generiche, nel secondo applicata nella misura di mesi tre di reclusione)

Osserva

Fatto
D.A. è stato condannato:
- alla pena di mesi 9 di reclusione per i delitti di cui agli artt. 81, 110, 61 n. 11 *bis*, 337 c.p. (capo a), 110, 61 n. 11 *bis* c.p. 582 e 585 c.p. commesso a Milano in data 27.9.2009 (sentenza tribunale di Milano del 6.10.2009);
- alla pena di mesi 9 di reclusione per il delitto di cu agli artt. 110, 635, commi 1 e 2, nn. 1 e 3 (il relazione all'art. 625 n. 7), 61 n. 11 *bis* c.p., commesso in Milano in data 9.5.2009 (sentenza tribunale di Milano del 15.6.2009).

L'istanza ex art. 671 c.p. è infondata e deve perciò essere respinta.
Presupposto imprescindibile per l'operatività della disciplina prevista dagli artt. 81 c.p., 671 c.p.p. è rappresentato dal riconoscimento, da parte del giudice dell'esecuzione, della sussistenza degli elementi costitutivi del reato continuato.
Anche in sede esecutiva, quindi, devono trovare applicazione i principi consolidati in giurisprudenza in tema di continuazione, ed, in particolare, quelli riferiti alla "unicità del disegno criminoso", che consente l'applicazione del trattamento sanzionatorio di favore riconosciuto dall'art. 81 cpv. c.p.; laddove, infatti, non sia ravvisabile tale identità di progetto, viene meno la possibilità di riconoscere la sussistenza della continuazione tra i diversi episodi criminosi commessi dal medesimo soggetto, che rimangono pertanto quali condotte a sé stanti, oggetto di autonoma e disgiunta valutazione dal punto di vista sanzionatorio, anche in sede esecutiva.
Come insegna la giurisprudenza di legittimità, ai fini della configurabilità del reato continuato occorre che il soggetto si rappresenti anticipatamente le singole violazioni, almeno a grandi linee ed anche, eventualmente, in forma condizionale, ma pur sempre con precisa definizione di contorni e di circostanze operative, programmando prima del suo inizio la durata, la portata e l'esecuzione dell'attività illecita; la

ratio del più favorevole trattamento sanzionatorio previsto in tal caso è infatti correlata all'esistenza di un unico impulso psichico, dimostrativo di una minore pericolosità sociale rispetto all'ipotesi in cui l'impulso criminoso insorga indipendentemente e reiteratamente ad ogni successiva valutazione (cfr. Cass., Sez. I, 13.1.1997, Scalese, n. 206607; Cass., Sez. I, 22.2.1994, n. 196545; Cass., Sez. II, 18.1.1993, Bergamaschi, in *Giust. pen*. 1995, II, 48).

L'unicità del disegno criminoso presuppone perciò l'anticipata ed unitaria ideazione di più violazioni della legge penale, già presenti nella mente del reo nella loro specificità, e la prova di tale congiunta previsione deve essere ricavata, di regola, da indici esteriori che siano significativi, alla luce dell'esperienza, del dato progettuale sottostante alle condotte poste in essere (Cass., Sez. I, 12.5.2006, Francini, in *C.E.D. Cass*., n. 234980; Cass., Sez. IV, 17.12.2008, Di Maria, ivi, n. 243632).

Tra gli elementi da valutare, occorre considerare il lasso temporale tra i vari episodi.

Invero, come ha precisato la Suprema Corte, in caso di reati commessi a distanza temporale l'uno dell'altro, si deve presumere, salvo prova contraria, che la commissione d'ulteriori fatti, anche analoghi per modalità e *nomen juris*, non poteva essere progettata specificamente al momento di commissione del fatto originario, e deve quindi negarsi la sussistenza della continuazione (Cass. Sez. I, 16.1.2009, Gargiulo, ivi, n. 242537).

Si tratta di una regola conforme a una chiara massima di esperienza, che connota psicologicamente la condotta umana improntata di norma all'azione o all'omissione come conseguenza dell'immediatezza dell'ideazione e della violazione (Cass., Sez. I, 24.1.1994, Basile, ivi, n. 196677).

Nel caso di specie, non è dato ravvisare alcun elemento per cui, alla data del 9.5.2009, in cui il condannato ha commesso il delitto di danneggiamento di suppellettili di un bar e di parti di veicoli parcheggiati sulla pubblica via, D. si sia rappresentato, pur a grandi linee, i delitti di resistenza a pubblico ufficiale e di lesioni, commessi circa cinque mesi dopo e scaturiti da una circostanza del tutto occasionale quale l'essere stato sottoposto a un controllo di polizia.

Ev invece fondata, nei limiti di seguito indicati, la richiesta ex art. 673 c.p.p.

Come noto, con sentenza n. 249 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p. che prevedeva l'aggravante della "clandestinità".

In via preliminare, si tratta di verificare se, in un caso del genere – ossia di dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione che prevede una mera circostanza aggravante – sia ammissibile adire il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., che disciplina la revoca della sentenza di condanna «nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice».

Ad avviso del tribunale la risposta è affermativa, sicché, in via estensiva, al caso in esame appare applicabile la procedura ex art. 673 c.p.p., in relazione all'art. 30, comma 4, legge n. 83 del 1957.

Invero, agli occhi del legislatore del 1930 il giudicato poteva essere travolto solamente nel caso di *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., secondo cui «nessuno può esser punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali».

A questa ipotesi si aggiunse quella relativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una fattispecie incriminatrice, a norma dell'art. 30, comma 4, legge n. 83 del 1957, a tenore del quale «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Sul piano processuale, fa riscontro la previsione dell'art. 673 c.p.p., che disciplina la revoca della sentenza di condanna «nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice».

In altri termini, il giudicato poteva essere travolto solo dall'eliminazione, nell'ordinamento giuridico, della fattispecie incriminatrice, vuoi per un mutato giudizio di disvalore del fatto da parte del legislatore, vuoi per un intervento ablativo della Corte costituzionale; in entrambi i casi, il fatto, già previsto da una legge precedente come illecito penale, non costituiva più reato.

Fuori da questi casi, ogni modificazione della disciplina *latu sensu* sanzionatoria – che, quindi, non incidesse sul carattere di illiceità penale del fatto – non poteva avere alcuna efficacia retroattiva nel caso in cui fosse stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna.

Questa disciplina era consacrata nell'originario comma 3 dell'art. 2 c.p., secondo cui «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronuncia sentenza irrevocabile». In altri termini, la disciplina delineata dall'art. 2, comma 3, c.p. stava (e per certi versi, come si vedrà, sta ancora) a significare l'impermeabilità del giudicato nel caso in cui, fermo restando il permanere della punibilità del fatto, la modifica legislativa incida solamente sul tipo o sulla quantità di pena, ovvero su altri aspetti relativi al trattamento sanzionatorio.
Anche la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la legittimità dell'art. 2, comma 3, c.p., aveva sottolineato che la disciplina prevista dalla norma impugnata si giustifica «nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti, perseguita statuendo l'intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili », al contempo sottolineando che «la stessa circostanza che la regola dell'intangibilità del giudicato incontri a sua volta una serie di deroghe (...) non consente certo di desumerne una regola di segno opposto; salvo che nel ben diverso caso dell'abrogazione della legge incriminatrice, di cui al capoverso dell'art. 2» (sent. n. 74 del 1980).
Questa ricostruzione deve essere in parte rivista alla luce della recente evoluzione legislativa, che ha ulteriormente eroso il principio di intangibilità del giudicato.
Con la novella apportata all'art. 2 dall'art. 14, comma 1, legge 24.2.2006, n. 85, il legislatore ha inserito il nuovo comma 3, che recita: «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135».
Come emerge dalla collocazione, ossia dopo il comma 2, che regola l'*abolitio criminis*, e prima del comma 4, che corrisponde al precedente comma 3, tale disposizione si applica nel caso in cui la sentenza di condanna a pena detentiva è irrevocabile.
Ai sensi dei vigenti commi 2 e 3 dell'art. 2 c.p., quindi, il giudicato viene travolto non più solo nel caso di *abolitio criminis* – ossia quando il fatto, per una legge successiva, non è più previsto come reato – ma anche nel caso in cui, pur mantenendo il fatto carattere di illiceità penale, muta in maniera sensibile il trattamento sanzionatorio, nel senso che, secondo la legge posteriore, è prevista la sola pena pecuniaria, in luogo di quella detentiva prevista dalla legge precedente.
Nell'ipotesi prevista dall'art. 2, comma 2, c.p. il condannato può adire il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., che procederà a convertire la pena detentiva in pena pecuniaria, disponendo la liberazione dell'imputato che stia patendo la carcerazione per quel fatto.
Orbene, se il giudicato può essere travolto nel caso, poc'anzi delineato, contemplato dall'art. 2, comma 3, c.p. la medesima soluzione, *a fortiori*, deve essere affermata nell'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione che prevede una circostanza aggravante, ipotesi riconducibile nell'art. 30, comma 4, legge n. 83 del 1957.
Ev infatti ravvisabile – e in maniera ancor più pregnante – la medesima *ratio* alla base dell'art. 2, comma 3, c.p. dato che, in tal caso, viene totalmente cancellata, perché ritenuta contrastante con i precetti costituzionali, una disposizione che prevedeva un aumento di pena in relazione a una data situazione "aggravante", nella specie, l'avere il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale.
Se, infatti, in ragione del principio di uguaglianza, il legislatore ha previsto che la sentenza irrevocabile di condanna debba cedere il passo nel caso in cui muti il tipo di sanzione, proprio perché ripugnerebbe che un soggetto sconti una pena detentiva in relazione a un fatto per il quale la legge successiva commina solamente la pena pecuniaria, allo stesso modo il giudicato deve essere travolto nel caso in cui, addirittura, è stata eliminata dall'ordinamento una disposizione che prevedeva una circostanza aggravante, perciò idonea a incidere sulla quantificazione della pena. In altri termini, se ora lo straniero, clandestinamente presente sul territorio dello Stato, commette un reato non è "maggiormente punibile" a causa della sua condizione soggettiva, allo stesso modo, in virtù del principio di uguaglianza, deve essere eliminata allo straniero, definitivamente condannato, il *quid pluris* di pena ricollegabile all'aggravante dichiarata incostituzionale, *quid pluris* di pena che è del tutto illegittimo perché mai potrebbe conseguire alcun effetto rieducativo ex art. 27, comma 3, Cost., proprio perché inflitto in relazione a una disposizione dichiarata contraria di principi costituzionali.
Per le argomentazioni esposte, deve perciò ritenersi ammissibile l'incidente di esecuzione proposto dal

condannato ex art. 673 c.p. per ottenere l'eliminazione della pena inflitta in relazione all'aggravante della clandestinità, dichiarata incostituzionale.
Va poi soggiunto che tale attribuzione non incide, stravolgendoli, sui (limitati) poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione, perché si tratta semplicemente di eliminare il quantum di pena inflitto a titolo di aumento sulla quella calcolata per il reato cui la circostanza accede.
Venendo al caso di specie, deve osservarsi che il tribunale di Milano, con sentenza del 6.10.2009, ha applicato l'aggravante in esame, operando un aumento di tre mesi di reclusione sulla pena base inflitta per il delitto di cui all'art. 337 c.p.; ne deriva che tale pena deve essere dichiarata non eseguibile. In relazione, invece, alla sentenza del tribunale di Milano emessa ex art. 444 c.p.p. in data 15.6.2009, si deve osservare che tale circostanza, unitamente a quelle di cui all'art. 635, comma 2, n. 1 e n. 3 c.p. (in relazione all'art. 625 n. 7 c.p.) – ossia, come emerge dal capo di imputazione, l'aver commesso il fatto con minacce nei confronti di D. (puntandole alla gola un coltello) e su cose esistenti all'interno di un locale pubblico e su beni esposti per necessità alla pubblica fede – è stata dichiarata equivalente alle circostanze attenuanti generiche; se, quindi, venisse eliminata, ritiene il tribunale che non muterebbe il giudizio di equivalenza con riguardo alle residue circostanze aggravanti contestate nel capo di imputazione, di cui all'art. 635, comma 2, n. 1 e n. 3 c.p.

P.Q.M.
P.Q.M.
– rigetta l'istanza ex art. 671 c.p.p.;
– dichiara non eseguibile la pena di mesi tre di reclusione inflitta ai sensi dell'art. 61 n. 11 bis c.p. con sentenza del tribunale di Milano in data 6.10.2009, irr. il 16.1.2010.
Manda alla cancelleria per quanto di competenza. Milano, 26 gennaio 2011
il giudice

A seguito delle modifiche apportate all'art. 186 cod. strada dalla legge n. 120 del 2010, la confisca del veicolo, che consegue alla guida in stato di ebbrezza, ha assunto natura di sanzione amministrativa accessoria, ma la novella non ha abrogato l'istituto del sequestro prodromico alla confisca, bensì si è limitata a modificarne la qualificazione giuridica, trattandosi ora di sequestro amministrativo.
Nel caso in cui il sequestro venne legittimamente eseguito secondo le regole all'epoca vigenti, in applicazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis* il giudice penale, che è sempre competente ad infliggere le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione di un reato, non deve investire della questione l'autorità amministrativa ma deve valutare se l'atto già compiuto fosse conforme ai requisiti sostanziali di natura amministrativa attualmente necessari per l'adozione della misura.

Tribunale di Milano, Sez. XI pen., in funzione di giudice del riesame, 7 febbraio 2011

(*omissis*) a scioglimento della riserva assunta all'esito dell'udienza camerale del 7 febbraio 2011, ha pronunciato la seguente

ordinanza
Con il provvedimento impugnato il Gip presso il Tribunale di Milano non convalidava il sequestro preventivo di urgenza, disposto in data 19 maggio 2010 dalla P.G., per mancato rispetto dei termini previsti dall'art. 321 comma 3 bis c.p.p. e disponeva, ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p. il sequestro preventivo della vettura targata – di proprietà dell'indagato, nel procedimento penale iscritto a carico di M.M. per il reato di cui all'art. 186 c. 7 D.L.vo 30 aprile 1992 n. 285 perché, circolando sulla pubblica via alla guida dell'autovettura BMW 113 tg, si rifiutava di sottoporsi all'accertamento del proprio stato di alterazione psicofisica previsto dal predetto articolo. Fatto commesso in Milano il 19 maggio 2010.

Avverso il decreto del Gip proponeva ricorso per Cassazione la difesa per violazione di legge, per essere il provvedimento mancante di motivazione, avendo il giudice utilizzato solo formule di stile, richiamando integralmente la nota della PG operante senza riportarne un solo frammento, tanto più che il decreto del Giudice non aveva convalidato il provvedimento d'urgenza della P.G., ma emesso un sequestro ex novo, disattendendo il dettato dell'art. 186 c.d.s., come interpretato dalla Corte di Cassazione e come modificato dalla Consulta, avendo il giudice fatto riferimento «ai sensi dell'art. 321 comma 2 alla facoltà di disporre il sequestro di cose di cui è consentita la confisca e all'art. 186 comma 7 che impone la confisca del veicolo nella ipotesi di reato per cui si procede», omettendo il giudice di motivare su quali elementi fondava il giudizio di ipotizzabilità del reato in capo all'interessato e, nella specie, il rifiuto di sottoporsi all'alcoltest.
La difesa ha ulteriormente evidenziato che con sentenza 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196, la Corte Costituzionale ha escluso l'applicabilità del disposto dell'art. 240 c.p. al reato di cui all'art. 186 comma 2 lett. c) (alla cui ipotesi è equiparata la condotta del rifiuto a sottoporsi all'alcoltest) escludendo che la confisca fosse una misura di sicurezza e che la stessa fosse obbligatoria (come invece ha ritenuto di qualificarla il legislatore con la Novella del 2008) (Cass, sez. IV 13.11.2009 n. 43501) e che, pertanto, non essendo obbligatoria vi è un obbligo di motivazione particolarmente pregnante.
Che con riferimento alle ipotesi di intossicazione su base sintomatica, in ogni caso in assenza di accertamenti strumentali, in difetto di verifica tecnica, l'affermazione di responsabilità deve essere limitata, per il principio del favor rei, alla ipotesi meno grave di cui alla lettera a) dell'art. 186 c.d.s. (Cass., sez. IV, 13.1.2010 n. 7676) e che, nel caso in esame, tale principio doveva avere applicazione avendo il proprio assistito non già opposto rifiuto all'accertamento ma per inidoneità delle manovre espiratorie.
Concludeva quindi censurando la mancanza di motivazione in ordine al *fumus* del reato e in ordine al *periculum* nella libera disponibilità della *res*.
La Corte di Cassazione, all'esito dell'udienza camerale del 24.11.2010, qualificava il ricorso come istanza di riesame e disponeva la trasmissione degli atti a questo Tribunale per l'ulteriore corso.
All'odierna udienza le parti non comparivano e la difesa depositava memoria scritta in cancelleria.
L'impugnazione non può essere accolta.
In punto di nullità del provvedimento per mancanza di motivazione, deve evidenziarsi che, secondo il costante orientamento della Suprema Corte di Cassazione, si ha difetto assoluto di motivazione, dante luogo ad una nullità insanabile, laddove nel provvedimento coercitivo manchi graficamente qualsiasi indicazione sui gravi indizi di colpevolezza o sulle specifiche esigenze cautelari. Alla mancanza assoluta di motivazione è assimilato l'uso di formule di stile, che rendano la motivazione, pur presente, solo apparente (cfr. Cass., sez. VI, 25.1.2000 n. 52, Iadadi, RV 215433; conf. Cass., II, 29.2.2000 n. 669, Carloni, in *Cass. pen*. 2000, 3091; Cass., IV, 26.11.2004 n. 45847, Chiari, RV 230415).
Le predette conclusioni raggiunte in tema di misura cautelare personale sono state raggiunte dalla Corte di legittimità anche in tema di misure cautelari reali, come nel caso in esame, laddove ha ritenuto il potere del giudice del riesame di integrare le carenze motivazionali del provvedimento di sequestro ai sensi del combinato disposto degli artt. 324, comma 7, e 309, comma 9 c.p.p., potere – al contrario – non esercitatile allorquando il requisito della motivazione e della enunciazione dei fatti sia del tutto carente, dovendo – in tali ipotesi – essere rilevata la nullità del decreto impugnato (Cass., sez. III, 26.11.2008 n. 47120, RV 242268; sez. II, 14 novembre 2008 n. 4700, RV 242211, per cui in tema di sequestro probatorio il giudice del riesame può integrare la motivazione del provvedimento impugnato a condizione che esso contenga, sia pur con incompletezze o lacune le ragioni giustificative del vincolo sul bene (cfr. anche la nota sentenza a sezioni unite n. 5876 del 28.1.2004, dep. 13.2.2004, Ferazzi, RV 226712).
Alla luce di tali criteri quindi deve essere valutato se il provvedimento cautelare reale qui in esame sia assistito da un apparato motivazionale quanto meno minimo e tale da consentire eventualmente l'integrazione, o se lo stesso sia viziato in termini di nullità insanabile.
Nel caso di specie il Gip ha disposto il sequestro preventivo richiamando, quanto al *fumus*, la nota della Polizia locale del 19 maggio 2010, evidenziando in particolare che l'ipotesi di reato si fondava sul fatto che «l'indagato, fermato per accertamenti a seguito di violazione del limite di velocità, presentava chiari segni sintomatici di ebbrezza e poi di fatto si rifiutava di effettuare il test (simulando la espirazione)», rilevando il collegio che dal certificato penale risulta un precedente specifico per art. 186 comma 2 c.d.s.,

commesso il 30 settembre 2006, dando quindi conto adeguatamente delle circostanze di fatto sulla base delle quali riteneva fondata l'ipotesi accusatoria, qualificando tale provvedimento ablativo ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p., come previsto dall'art. 187 c.d.s.
Per verificare quindi se tale procedura sia corretta, appare necessario compiere una rivisitazione dell'intera materia, che è stata oggetto non solo di ripetuti interventi legislativi, ma anche di interpretazioni giurisprudenziali, anche a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale.
Con D.L. n. 92 del 2008, modificativo degli artt. 186 e 187 c.d.s., è stato disposto che si provvede sempre alla confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, in caso di guida in stato di ebbrezza per accertato tasso alcolemico superiore a 1,5 gr/l, ovvero in caso di alterazione da assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ovvero, ancora, in caso di rifiuto a sottoporsi all'accertamento alcolemico.
La giurisprudenza prevalente (Cass., sez. IV, 27 gennaio-5 marzo 2009, n. 9986, PG in proc. Favè, rv 243297; sez. IV, 6.5.2009, Di Tucci, RV 244220) aveva inquadrato la confisca prevista dagli artt. 186 e 187 c.d.s. nell'ambito delle misure di prevenzione, con la conseguenza che era consentita l'applicazione retroattiva anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione normativa che l'aveva introdotta.
Ev stata adita la Corte Costituzionale che, con sentenza 4.6.2010 n. 186 ha dichiarato l'illegittimità parziale della lett. c) del comma 2 dell'art. 186, limitatamente al rinvio all'art. 240 c.p., ritenendo la violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 7 CEDU, ed espressamente affermando in motivazione la natura sanzionatoria alla confisca prevista dall'art. 186 c.d.s.
La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (25 febbraio-18 giugno 2010, p.g. in proc. Caligo, RV 247042), investita della questione se si trattasse di sanzione penale o amministrativa, ne aveva affermato la natura di sanzione penale.
Con la legge n. 120 del 2010 è stata modificata la disciplina della confisca del veicolo con cui è stato commesso il reato.
Il nuovo testo della lett. c) dell'art. 186, ai fini del sequestro del veicolo destinato alla confisca, rinvia a quanto disposto dall'art. 224 *ter*, introdotto dalla stessa legge n. 120 del 2010.
Il primo comma di quest'ultimo articolo detta una disciplina tutta nuova del sequestro in questione, precisando che si applica anche nelle ipotesi di reato per cui è prevista la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo.
Si deve quindi ritenere che la confisca prevista per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza e in stato di alterazione da sostanze stupefacenti sia oggi quella descritta nell'art. 224 *ter* c.d.s.
Il legislatore ha dunque affermato che si tratta di una sanzione amministrativa e non penale. La previsione di una sanzione amministrativa accessoria per un illecito esclusivamente penale non è usuale, ma vi sono altri casi, ad esempio proprio nell'art. 186, che contemplava le analoghe sanzioni della sospensione e revoca della patente per guida in stato di ebbrezza, senza che la giurisprudenza avesse per questo dubitato della loro natura amministrativa e del loro carattere accessorio o che la loro previsione rientrasse nella discrezionalità del legislatore (Cass., SSUU, 27.5.1998, Bosio, RV 210981), o ancora nell'art. 213 CdS di confisca dei ciclomotori e motoveicoli adoperati per commettere un reato, tra cui quello di guida in stato di ebbrezza (cass., sez. I, 24.9.2008 n. 40080, P.G. presso Corte d'Appello di Genova c. E.S.O., rv 241556).
La qualificazione della confisca come sanzione amministrativa accessoria porta ad escludere la possibilità che, in vista dell'applicazione della misura ablativa, possa oggi procedersi al sequestro preventivo del veicolo ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p., in quanto la norma sembra riferirsi esclusivamente alle ipotesi di confisca penale.
Quanto però ai sequestri disposti sotto il vigore della precedente normativa, e tuttora sub sudice, in mancanza di disposizioni transitorie, si deve affermare che essi furono legittimamente imposti secondo le regole sostanziali e procedimentali allora vigenti; la loro perdurante legittimità deve oggi essere delibata alla stregua dei presupposti che legittimano la confisca amministrativa.
La Novella non ha infatti abrogato l'istituto del sequestro prodromico alla confisca, ma ha solo modificato la sua qualificazione giuridica.
Il sequestro venne a suo tempo legittimamente disposto, la misura rimane quindi valida, imponendosi al giudice solo di valutare ora se l'atto compiuto sia conforme anche ai requisiti sostanziali di natura amministrativa allo stato richiesti.

In due recenti sentenze la Corte di Cassazione ha affermato la compatibilità della nuova normativa con il permanere del vincolo, finalizzato non più alla confisca penale ma amministrativa, affermando debba trovare applicazione un principio di *perpetuatio jurisdictionis*, sicché per i procedimenti iniziati sotto la pre-vigente normativa è tuttora dato al giudice penale, senza investire l'autorità amministrativa, di delibare a tali fini la fattispecie, tenuto conto del genere principio della competenza del giudice penale ad infliggere anche le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione del reato, come pacificamente avviene per la sospensione o revoca della patente di guida.
Con sentenza emessa dalla IV^ sezione, n. 4180 del 6.10.2010, depositata il 22.11.2010, Losacco, la Corte ha affermato che, ove il giudice in sede di patteggiamento, abbia omesso, vigente.
La disciplina antecedente alla novella introdotta dalla legge 29.7.2010, n. 120 – di ordinare la confisca del veicolo per il reato di guida in stato di ebbrezza, la sentenza deve essere annullata con rinvio al fine di consentire al giudice di disporre la confisca amministrativa, non implicando la trasformazione della natura giuridica della confisca (oggi sanzione amministrativa accessoria, al pari della sospensione della patente di guida) alcuna violazione del principio di legalità di cui all'art. 1 della legge 24.11.1981 n. 689. Precisa la sentenza che il legislatore, pur affermando la natura amministrativa della confisca del veicolo, ha lasciato al giudice il potere di applicarla obbligatoriamente con sentenza di condanna ovvero di applicazione di pena, e dunque analogamente a quanto già avviene per l'applicazione della sanzione accessoria della sospensione della patente, il giudice dispone la confisca con sentenza che a cura del cancelliere viene trasmessa in copia al prefetto competente (art. 224 *ter* comma 2 c.d.s. come novellato). Con sentenza, sempre della IV^ sezione, n. 40523 del 4.11.2010, depositata il 16.11.2010, Gibellini, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, per effetto delle modifiche apportate all'art. 186 c.d.s. dalla legge n. 120 del 2010, la confisca del veicolo che consegue alla guida in stato di ebbrezza, ha assunto natura di sanzione amministrativa accessoria, ma la novella non ha abrogato l'istituto del sequestro prodromico alla confisca, ma si è limitata a modificarne la qualificazione giuridica, trattandosi ora di un sequestro amministrativo; nei casi in cui il sequestro viene legittimamente eseguito secondo le regole vigenti all'epoca, in applicazione del principio della *perpetuatio jurisdictionis* il giudice penale, che è sempre competente ad infliggere le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione di un reato, non deve investire della questione l'autorità amministrativa, ma deve valutare se l'atto già compiuto fosse conforme ai requisiti sostanziali di natura amministrativa attualmente necessari per l'adozione della misura.
Deve quindi darsi atto che, nel caso di specie, il sequestro venne eseguito di iniziativa della Polizia locale, tanto assolvendo al disposto del nuovo art. 224 *ter* c.d.s. secondo cui «l'agente o l'organo accertatore della violazione procede al sequestro», né sono in discussione i presupposti legittimanti il sequestro amministrativo, posto che si da atto nell'annotazione del 19maggio 2010 del fatto che M.M., simulando l'espirazione, di fatto si era rifiutato di sottoporsi all'accertamento del tasso alcolemico.
Permangono quindi i presupposti per il mantenimento del vincolo, anche sotto il profilo attuale del sequestro amministrativo.
Il ricorso deve essere respinto e il ricorrente condannato al pagamento delle spese del procedimento.
PQM
Rigetta il ricorso, condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento, manda la cancelleria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.

11. Bancarotta fraudolenta

(di Francesca Ruggeri e Eleonora Colombo)

Traccia per la redazione del parere

Caio, lavoratore dipendente presso la Società Y S.r.l. con sede operativa in Milano, a pochi passi dalla sua abitazione, incensurato, è raggiunto dalla notifica di un'ordinanza del GIP di Firenze che gli applica la misura cautelare personale degli arresti domiciliari e così viene a conoscenza di essere sottoposto ad indagini nell'ambito di un procedimento penale pendente presso il Tribunale di Firenze, iscritto a seguito della dichiarazione di fallimento, avvenuta il 12 maggio 2010, della Società KK S.r.l. (avente sede legale ed operativa a Firenze), di cui era Amministratore Unico. A Caio vengono contestate plurime azioni distrattive di beni della Società fallita, in particolare di due autovetture, nonché la tenuta incompleta della documentazione contabile messa a disposizione del Curatore fallimentare, tale da non permettere la ricostruzione precisa dello stato economico e patrimoniale della Società.
Caio, incontrato il suo difensore di fiducia Mevio Gracco tre giorni dopo la notifica dell'ordinanza, spiega di essere stato sottoposto ad interrogatorio di garanzia alla presenza del difensore d'uffico, il quale lo ha invitato ad avvalersi del diritto al silenzio. All'esito, è stata confermata la misura cautelare degli arresti domiciliari. Caio conferma di essere stato Amministratore della Società fiorentina fallita; di non avere distratto le autovettura aziendali, la quali sono sempre state in uso a due soci per lo svolgimento della loro attività presso il clienti (come noto a tutti gli altri soci e dipendenti della Società); di non essere mai stato il depositario delle scritture contabile che, invece, erano redatte e conservate dal Commercialista Tizio, non possedendo personalmente le idonee conoscenze in materia contabile.
Assunte le vesti dell'Avvocato Mevio Gracco, il candidato, dopo una breve introduzione sulle fattispecie penali configurabili nel caso de quo, rediga parere motivato in cui si prospetti all'Assistito le possibili conseguenze processuali e le linee difensive perseguibili nell'immediato e nel prosieguo della vicenda.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Come di regola, prima di procedere allo svolgimento del parere, è necessario che il candidato si soffermi a leggere con attenzione – anche più volte – la traccia offerta, cercando di individuare i punti focali in fatto ed in diritto.
Da questo preliminare – e necessario – inquadramento è agevole comprendere come a Caio possano essere contestate plurime violazioni dell'art. 216 l. fallimentare (bancarotta fraudolenta).

Caio, raggiunto dalla notifica dell'ordinanza che applica la misura cautelare personale coercitiva degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), per la prima volta viene a conoscenza – come spesso succede nella realtà – di essere sottoposto ad indagine nell'ambito di un procedimento penale iscritto a suo carico dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, a seguito del fallimento della Società KK S.r.l. di cui era Amministratore Unico.
Caio si interroga su due principali ordini di questioni:
1. se e in che modo potrà ottenere la revoca o almeno la modifica della misura cautelare personale irrogatagli;
2. quali risvolti processuali ci potranno essere a suo carico e quali, di conseguenza, le possibili linee difensive, anche in ragione delle spiegazioni date in relazione ai fatti a lui contestati.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 216 l. fallimentare Bancarotta fraudolenta
È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che:
1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;
2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.
La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili.
È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.
Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

Art. 217 l. fallimentare Bancarotta semplice
È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente:
1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;
2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;
3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;
4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;
5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.
La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.
Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni.

Art. 219 l. fallimentare Circostanze aggravanti e circostanza attenuante
Nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà.

Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate:
1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati;
2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale.
Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo.

Norme processuali

Art. 272 c.p.p. Limitazioni alle libertà della persona
1. Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo.

Art. 273 c.p.p. Condizioni generali di applicabilità delle misure
1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza.
1-*bis.* Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1.
2. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata.

Art. 274 c.p.p. Esigenze cautelari
1. Le misure cautelari sono disposte:
a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti;
b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione;
c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.

Art. 275 c.p.p. Criteri di scelta delle misure
1. Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.
1-*bis*. Contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'articolo 274, comma 1, lettere b) e c).
2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata.
2-*bis.* Non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena.

2-*ter.* Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-*bis*, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole.
3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416-*bis* del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.
4. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ovvero persona che ha superato l'età di settanta anni.
4-*bis.* Non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis,* comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.
4-*ter.* Nell'ipotesi di cui al comma 4-*bis*, se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Se l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o da altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 5 giugno 1990, n. 135.
4-*quater.* Il giudice può comunque disporre la custodia cautelare in carcere qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'articolo 380, relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure disposte ai sensi dei commi 4-*bis* e 4-*ter*. In tal caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie.
4-*quinquies*. La custodia cautelare in carcere non può comunque essere disposta o mantenuta quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Art. 277 c.p.p. Salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari
1. Le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto.

Art. 279 c.p.p. Giudice competente
Sull'applicazione e sulla revoca delle misure nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive, provvede il giudice che procede. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.

Art. 280 c.p.p. Condizioni di applicabilità delle misure coercitive
1. Salvo quanto disposto dai commi 2 e 3 del presente articolo e dall'art. 391, le misure previste in questo capo possono essere applicate solo quando si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni.
2. La custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.
3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei confronti di chi abbia trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare.

Art. 284 c.p.p. Arresti domiciliari

1. Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza.

2. Quando è necessario, il giudice impone limiti o divieti alla facoltà dell'imputato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono.

3. Se l'imputato non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza, il giudice può autorizzarlo ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario per provvedere alle suddette esigenze ovvero per esercitare una attività lavorativa.

4. Il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, anche di propria iniziativa, possono controllare in ogni momento l'osservanza delle prescrizioni imposte all'imputato.

5. L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare.

5-*bis.* Non possono essere, comunque, concessi gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede. A tale fine il giudice assume nelle forme più rapide le relative notizie.

Art. 291 c.p.p. Procedimento applicativo

1. Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.

2. Se riconosce la propria incompetenza per qualsiasi causa, il giudice, quando ne ricorrono le condizioni e sussiste l'urgenza di soddisfare taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, dispone la misura richiesta con lo stesso provvedimento con il quale dichiara la propria incompetenza. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'articolo 27.

2-*bis.* In caso di necessità o urgenza il pubblico ministero può chiedere al giudice, nell'interesse della persona offesa, le misure patrimoniali provvisorie di cui all'articolo 282-*bis*. Il provvedimento perde efficacia qualora la misura cautelare sia successivamente revocata.

Art. 292 c.p.p. Ordinanza del giudice

1. Sulla richiesta del pubblico ministero il giudice provvede con ordinanza.

2. L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio:

a) le generalità dell'imputato o quanto altro valga a identificarlo;

b) la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate;

c) l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato;

c-*bis*) l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure;

d) la fissazione della data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 274;

e) la data e la sottoscrizione del giudice.

2-*bis.* L'ordinanza contiene altresì la sottoscrizione dell'ausiliario che assiste il giudice, il sigillo dell'ufficio e, se possibile, l'indicazione del luogo in cui probabilmente si trova l'imputato.

2-*ter.* L'ordinanza è nulla se non contiene la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'articolo 358, nonché all'articolo 327-*bis*.

3. L'incertezza circa il giudice che ha emesso il provvedimento ovvero circa la persona nei cui confronti la misura è disposta esime gli ufficiali e gli agenti incaricati dal darvi esecuzione.

Art. 293 c.p.p. Adempimenti esecutivi
1. Salvo quanto previsto dall'articolo 156, l'ufficiale o l'agente incaricato di eseguire l'ordinanza che ha disposto la custodia cautelare consegna all'imputato copia del provvedimento e lo avverte della facoltà di nominare un difensore di fiducia, informa immediatamente il difensore di fiducia eventualmente nominato ovvero quello di ufficio designato a norma dell'articolo 97 e redige verbale di tutte le operazioni compiute. Il verbale è immediatamente trasmesso al giudice che ha emesso l'ordinanza e al pubblico ministero.
2. Le ordinanze che dispongono misure diverse dalla custodia cautelare sono notificate all'imputato.
3. Le ordinanze previste dai commi 1 e 2, dopo la loro notificazione o esecuzione, sono depositate nella cancelleria del giudice che le ha emesse insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa. Avviso del deposito è notificato al difensore.
4. Copia dell'ordinanza che dispone una misura interdittiva è trasmessa all'organo eventualmente competente a disporre l'interdizione in via ordinaria.

Art. 294 c.p.p. Interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale
1. Fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, il giudice che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare se non vi ha proceduto nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato di delitto procede all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare in carcere immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione della custodia, salvo il caso in cui essa sia assolutamente impedita.
1-*bis*. Se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare, sia coercitiva che interdittiva, l'interrogatorio deve avvenire non oltre dieci giorni dalla esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione.
1-*ter*. L'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare deve avvenire entro il termine di quarantotto ore se il pubblico ministero ne fa istanza nella richiesta di custodia cautelare.
2. Nel caso di assoluto impedimento, il giudice ne dà atto con decreto motivato e il termine per l'interrogatorio decorre nuovamente dalla data in cui il giudice riceve comunicazione della cessazione dell'impedimento o comunque accerta la cessazione dello stesso.
3. Mediante l'interrogatorio il giudice valuta se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste dagli articoli 273, 274 e 275. Quando ne ricorrono le condizioni, provvede, a norma dell'articolo 299, alla revoca o alla sostituzione della misura disposta.
4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, l'interrogatorio è condotto dal giudice con le modalità indicate negli articoli 64 e 65. Al pubblico ministero e al difensore, che ha obbligo di intervenire, è dato tempestivo avviso del compimento dell'atto.
4-*bis*. Quando la misura cautelare è stata disposta dalla Corte di Assise o dal tribunale, all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegato.
5. Per gli interrogatori da assumere nella circoscrizione di altro tribunale, il giudice o il presidente, nel caso di organo collegiale, qualora non ritenga di procedere personalmente, richiede il giudice per le indagini preliminari del luogo.
6. L'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del pubblico ministero non può precedere l'interrogatorio del giudice.

Art. 299 c.p.p. Revoca e sostituzione delle misure
1. Le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dall'articolo 274.
2. Salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose.
3. Il pubblico ministero e l'imputato richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice, il quale provvede con ordinanza entro cinque giorni dal deposito della richiesta. Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della

proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione di incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio.
3-*bis*. Il giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il pubblico ministero. Se nei due giorni successivi il pubblico ministero non esprime il proprio parere, il giudice procede.
3-*ter*. Il giudice, valutati gli elementi addotti per la revoca o la sostituzione delle misure, prima di provvedere può assumere l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini. Se l'istanza di revoca o di sostituzione è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati, il giudice deve assumere l'interrogatorio dell'imputato che ne ha fatto richiesta.
4. Fermo quanto previsto, dall'articolo 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose.
4-*bis*. Dopo la chiusura delle indagini preliminari, se l'imputato chiede la revoca o la sostituzione della misura con altra meno grave ovvero la sua applicazione con modalità meno gravose, il giudice, se la richiesta non è presentata in udienza, ne dà comunicazione al pubblico ministero, il quale, nei due giorni successivi, formula le proprie richieste.
4-*ter*. In ogni stato e grado del procedimento, quando non è in grado di decidere allo stato degli atti, il giudice dispone, anche di ufficio e senza formalità, accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato. Gli accertamenti sono eseguiti al più presto e comunque entro quindici giorni da quello in cui la richiesta è pervenuta al giudice. Se la richiesta di revoca o di sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere è basata sulle condizioni di salute di cui all'articolo 275, comma 4-*bis*, ovvero se tali condizioni di salute sono segnalate dal servizio sanitario penitenziario, o risultano in altro modo al giudice, questi, se non ritiene di accogliere la richiesta sulla base degli atti, dispone con immediatezza, e comunque non oltre il termine previsto nel comma 3, gli accertamenti medici del caso, nominando perito ai sensi dell'articolo 220 e seguenti, il quale deve tener conto del parere del medico penitenziario e riferire entro il termine di cinque giorni, ovvero, nel caso di rilevata urgenza, non oltre due giorni dall'accertamento. Durante il periodo compreso tra il provvedimento che dispone gli accertamenti e la scadenza del termine per gli accertamenti medesimi, è sospeso il termine previsto dal comma 3.
4-*quater*. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 286-*bis*, comma 3.

Art. 309 c.p.p. Riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva
1. Entro dieci giorni dalla esecuzione o notificazione del provvedimento, l'imputato può proporre richiesta di riesame, anche nel merito, della ordinanza che dispone una misura coercitiva, salvo che si tratti di ordinanza emessa a seguito di appello del pubblico ministero.
2. Per l'imputato latitante il termine decorre dalla data di notificazione eseguita a norma dell'articolo 165. Tuttavia, se sopravviene l'esecuzione della misura, il termine decorre da tale momento quando l'imputato prova di non avere avuto tempestiva conoscenza del provvedimento.
3. Il difensore dell'imputato può proporre la richiesta di riesame entro dieci giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che dispone la misura.
3-*bis*. Nei termini previsti dai commi 1, 2 e 3 non si computano i giorni per i quali è stato disposto il differimento del colloquio, a norma dell'articolo 104, comma 3.
4. La richiesta di riesame è presentata nella cancelleria del tribunale indicato nel comma 7. Si osservano le forme previste dagli articoli 582 e 583.
5. Il presidente cura che sia dato immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente la quale, entro il giorno successivo, e comunque non oltre il quinto giorno, trasmette al tribunale gli atti presentati a norma dell'articolo 291, comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini.
6. Con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi. Chi ha proposto la richiesta ha, inoltre, facoltà di enunciare i nuovi motivi davanti al giudice del riesame facendone dare atto a verbale prima dell'inizio della discussione.

7. Sulla richiesta di riesame decide, in composizione collegiale, il tribunale del luogo nel quale ha sede la corte di appello o la sezione distaccata della corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza.
8. Il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'articolo 127. L'avviso della data fissata per l'udienza è comunicato, almeno tre giorni prima, al pubblico ministero presso il tribunale indicato nel comma 7 e, se diverso, a quello che ha richiesto l'applicazione della misura; esso è notificato, altresì, entro lo stesso termine, all'imputato ed al suo difensore. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria, con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne copia.
8-*bis*. Il pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura può partecipare all'udienza in luogo del pubblico ministero presso il tribunale indicato nel comma 7.
9. Entro dieci giorni dalla ricezione degli atti il tribunale, se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma e conferma l'ordinanza oggetto del riesame decidendo anche sulla base degli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza. Il tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso.
10. Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene entro il termine prescritto, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia.

Art. 310 c.p.p. Appello
1. Fuori dei casi previsti dall'articolo 309 comma 1, il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore possono proporre appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali, enunciandone contestualmente i motivi.
2. Si osservano le disposizioni dell'articolo 309 commi 1, 2, 3, 4 e 7. Dell'appello è dato immediato avviso all'autorità giudiziaria precedente che, entro il giorno successivo, trasmette al tribunale l'ordinanza appellata e gli atti su cui la stessa si fonda. Il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne la copia. Il tribunale decide entro venti giorni dalla ricezione degli atti.
3. L'esecuzione della decisione con la quale il tribunale, accogliendo l'appello del pubblico ministero, dispone una misura cautelare è sospesa fino a che la decisione non sia divenuta definitiva.

Art. 494 c.p.p. Dichiarazioni spontanee dell'imputato
1. Esaurita l'esposizione introduttiva, il presidente informa l'imputato che egli ha facoltà di rendere in ogni stato del dibattimento le dichiarazioni che ritiene opportune, purché esse si riferiscano all'oggetto dell'imputazione e non intralcino l'istruzione dibattimentale. Se nel corso delle dichiarazioni l'imputato non si attiene all'oggetto dell'imputazione, il presidente lo ammonisce e, se l'imputato persiste, gli toglie la parola.
2. L'ausiliario riproduce integralmente le dichiarazioni rese a norma del comma 1, salvo che il giudice disponga che il verbale sia redatto un forma riassuntiva.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Affinché il parere possa essere svolto in maniera corretta ed efficace, è necessario individuare con precisione, all'interno della traccia data, quali sono le problematiche che si è chiamati a risolvere.
A tal fine si deve anzitutto collocare il "fatto" nell'ambito della astratta ipotesi legale: all'uopo nella necessaria premessa dovranno spiegarsi i tratti principali della fattispecie di reato interessata.

Solo successivamente a tale lavoro preliminare potranno essere individuati i risvolti processuali della vicenda, anzitutto con riferimento alla misura cautelare personale irrogata, e quindi con riguardo agli scenari prospettabili in un futuro processo a carico di Caio.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Nel testo della traccia sono contenuti una serie di elementi fattuali che guidano nello svolgimento del parere.

L'indicazione dei fatti imputati a Caio aiutano a configurare la fattispecie criminosa contestata e le disposizioni normative di riferimento (art. 216 e art. 219 l. fallimentare). Gli elementi relativi alla posizione personale di Caio (incensuratezza, luogo di abitazione e di lavoro) con riguardo alla misura cautelare escludono, a prima lettura, la possibilità di sollevare eccezioni di rito; le circostanze di fatto riferite da Caio al suo legale prospettano a loro volta uno spettro di argomenti difensivi da valorizzare soprattutto ed anche nella successiva vicenda processuale. In particolare le puntuali dichiarazioni di Caio posso aiutare a circoscrivere esattamente la fattispecie per cui si procede, al fine di discuterne l'infondatezza sia sotto il profilo oggettivo (si pensi alle auto in uso ai due soci) sia con riguardo a quello soggettivo (l'incompetenza in materia contabile)

Opzioni difensive a disposizione

Con riferimento alla misura degli arresti domiciliari, vanno senz'altro valorizzate le circostanze della posizione personale di Caio (incensurato e lavoratore dipendente presso una Società sita nella stessa città di residenza) e della lontananza della sua abitazione dalla sede della Società fallita.

Su queste basi è possibile avanzare richiesta di annullamento della misura per assenza delle esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) e/o chiederne la riforma *in melius,* per mancata applicazione del principio di proporzionalità tra la natura e il grado delle esigenze cautelari e la misura applicata (art. 275 c.p.p.). Il provvedimento cautelare è stato notificato tre giorni prima del colloquio tra Caio e l'Avvocato; la richiesta di riesame dell'ordinanza dovrà quindi essere presentata entro dieci giorni da quella data (art. 309 c.p.p.) e, benché la legge non richieda che la richiesta sia accompagnata dai motivi, là ove possibile, nella realtà è spesso opportuno presentare anche la parte motiva, se non altro per assicurare un maggior lasso di tempo per lo studio al giudice.

Con riguardo alle successive vicende del processo, le circostanze evidenziate dalla traccia consentono di contestare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo (con riferimento, tra l'altro, alla testimonianza dei soci che avrebbero utilizzato l'autovettura) sia, soprattutto di quello soggettivo (in ordine all'ignoranza in tema di conoscenze contabili e di stato delle scritture contabili).

Dal punto di vista processuale, le suddette considerazioni potranno poi orientare o meno Caio verso un rito speciale, al fine di usufruire eventualmente della connessa premialità, una volta, ovviamente, che vi sia stata completa *discovery* degli atti di indagine. E in tale contesto potrebbe essere opportuno che Caio rilasci direttamente le dichiarazioni a sé favorevoli (nella fase dibattimentale *ex* art. 494 c.p.p.)

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Sui reati fallimentari

Giurisprudenza

Cass. pen., Sez. V, 14.12.2011, n. 3228
L'accertamento della responsabilità dell'amministratore in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale non può reggersi su dati presuntivi richiedendosi una compiuta dimostrazione degli elementi obiettivi in relazione alla contestata condotta distrattiva.

Cass. pen., Sez. V, 18.03.2011, n. 15560
In tema di accertamento della fattispecie della bancarotta semplice o fraudolenta, la circostanza della tenuta irregolare dei libri e delle scritture contabili obbligatorie deve essere indagata dal giudice per verificare tutti i segnali indicativi della idoneità di una simile situazione a rendere oggettivamente impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari ed altresì, in capo all'agente, la consapevolezza e volontà della situazione medesima oppure la ravvisabilità di soli profili di negligenza o di dolo.

Cass. pen., Sez. Unite, 27.01.2011, n. 21039, in *Fallimento*, 2011, 11, 1367
In tema di reati fallimentari, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen.

Trib. Taranto, Sez. II, 13.02.2012, n. 252
In tema di bancarotta fraudolenta documentale, è illegittima l'affermazione di responsabilità dell'amministratore che faccia derivare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato dal solo fatto, costituente l'elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, considerato che, in tal caso, trattandosi per di più, di omissione contenuta in limiti temporali piuttosto ristretti, è necessario chiarire la ragione e gli elementi sulla base dei quali l'imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non, invece, di trascurare semplicemente la regolare tenuta delle scritture, senza por mente alle conseguenze di tale condotta, considerato che, in quest'ultimo caso, si integra l'atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice. Per la declaratoria di responsabilità penale per il reato di bancarotta occorre acquisire la prova effettiva e concreta della consapevolezza della stato delle scritture, tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari o, per le ipotesi con dolo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno.

Trib. Arezzo, 14.09.2011, n. 947
La differenza tra la bancarotta fraudolenta documentale e quella semplice risiede nell'elemento psicologico: nel primo caso, individuato nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà della irregolare tenuta delle scritture con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore e, nel secondo caso, indifferentemente dal dolo o dalla colpa, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Dottrina

– Brichetti-Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari,* Giuffré, 2011
– Cavanna-Paloschi, *Diritto penale fallimentare. Manuale pratico sui reati fallimentari,* Experta, 2007
– Perini-Dawan, *La bancarotta fraudolenta,* Cedam, 2001
– Soana, *I reati fallimentari*, Giuffré, 2012

Sulle misure cautelari personali

Giurisprudenza

Cass. pen., Sez. Unite, 31.03.2011, n. 16085, in *Dir. Pen. e Processo,* 2011, 6, 677
Il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

Trib. Catanzaro Sez. II, 09.03.2010, in *Corriere del Merito,* 2010, 7, 736
In tema di esigenze cautelari, fra i comportamenti o atti concreti sulla cui base deve essere condotto il giudizio sulla personalità del soggetto sottoposto ad indagini o dell'imputato ai fini della verifica, a norma dell'art. 274, lett. c, c.p.p., del pericolo di reiterazione del reato, possono ricomprendersi anche "le specifiche modalità e circostanze del fatto" di cui alla prima parte della medesima disposizione.

Trib. Bari, 17.12.2009, in *Corriere del Merito,* 2010, 5, 532
In tema di esigenze cautelari, il concreto pericolo di recidiva nei confronti di persona incensurata può essere desunto dalle specifiche modalità e circostanze del fatto di reato. Invero, la negativa valutazione della personalità dell'indagato ben può fondarsi sugli specifici criteri oggettivi indicati dall'art. 133 c.p.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Dottrina

– La Rocca, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Ipsoa, 2012
– Spangher–Santoriello, *Le misure cautelari personali,* Giappichelli, 2009

Conclusioni

Il reato di bancarotta fraudolenta rientra tra le fattispecie criminose che, se contestate, legittimano l'eventuale applicazione di misure cautelari personali coercitive al soggetto indagato/imputato, qualora sussistano tutti gli ulteriori presupposti previsti dal codice di rito (art. 273 ss. c.p.p.).
Se da un punto di vista strettamente procedurale, il provvedimento cautelare notificato a Caio è legittimo, questo però è contestabile nel merito per l'assenza delle esigenze cautelari o comunque perché la misura attuata non è proporzionale alle esigenze stesse.
Un po' più sfumata è la linea difensiva attuabile in una futura sede processuale poiché (e si deve presumere perché non emerge a chiare lettere dalla traccia) vi sono certamente degli elementi di prova che potrebbero indurre a prospettare la fattispecie della bancarotta fraudolenta. Spazi difensivi tuttavia si aprono sia con riferimento alla configurabilità stessa del reato dal punto di vista oggettivo sia con riferimento all'elemento soggettivo.
Sulla base degli elementi di fatto rappresentati dalla traccia, inoltre, in via subordinata si potrebbe anche chiedere la degradazione della bancarotta fraudolenta documentale (art. 216 l. fallimentare) nell'ipotesi criminosa meno grave della bancarotta semplice (art. 217 l. fallimentare).
A ciò si aggiunga, in via di estremo subordine, che il principio ispiratore del nostro processo impone di condannare se e soltanto se si è raggiunta la prova del fatto e della colpevolezza dell'imputato "*oltre ogni ragionevole dubbio*".

Svolgimento del parere per esteso

Si è rivolto all'avvocato Mevio Gracco il signor Caio, il quale è stato raggiunto, tre giorni prima, dalla notifica di una ordinanza di applicazione della misura cautelare personale degli arresti domiciliari, in relazione al procedimento penale aperto dalla Procura della Repubblica del Tribunale di Firenze per il fallimento della Società fiorentina KK S.r.l. (Società fallita il 12 maggio 2009), in cui risulta indagato. Caio vuole essere assistito nel procedimento cautelare e avere un'idea di quello che potrebbe essere il successivo sviluppo del procedimento a suo carico.
A Caio sono contestate plurime violazioni dell'art. 216 l. fallimentare, perpetrate in costanza della sua posizione di Amministratore della Società fallita KK S.r.l., con sede legale ed operativa in Firenze.
L'art. 216 è la disposizione di apertura del Capo I della legge fallimentare, ove sono enunciati i reati commessi dal fallito tra cui, in particolare, la bancarotta propria, così denominata perché è una fattispecie criminosa che può essere commessa dallo stesso soggetto che è dichiarato fallito. La disposizione in esame è rubricata "Bancarotta fraudolenta".
La bancarotta fraudolenta è la figura delittuosa più rappresentativa e rilevante del diritto penale fallimentare. In via preliminare e di sintesi, può essere considerata come un fatto, commesso dall'imprenditore o da altri soggetti che rivestono una posizione di relazione qualificata con lo stesso, che incide su oggetti materiali differenti e che reca un pregiudizio – attuale o potenziale – degli interessi societari e dei creditori dell'impresa. In questa unica disposizione penale sono comprese molteplici fattispecie delittuose.
Innanzitutto la bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216 l. fallimentare rappresenta, assieme alla bancarotta semplice di cui all'art. 217 l. fallimentare, un'ipotesi di bancarotta propria, in cui il soggetto attivo è proprio l'imprenditore fallito.
La bancarotta fraudolenta si distingue dalla bancarotta semplice principalmente in ragione dell'elemento soggettivo individuato nelle singole fattispecie: mentre nel primo caso è richiesto il dolo generico, quindi la volontà e l'intenzionalità dell'azione, nel secondo caso la fattispecie criminosa risulta integrata anche per mera colpa. Più specificamente, se l'art. 216 l. fallimentare prevede la sussistenza di un intento fraudolento del soggetto agente, l'art. 217 l. fallimentare punisce il mero atteggiamento incauto del soggetto attivo.
La disposizione normativa sulla bancarotta fraudolenta (e lo stesso vale a dirsi per la fattispecie di bancarotta semplice), al primo comma, prevede come oggetto della condotta il patrimonio dell'impresa; il secondo comma, invece, ha quale punto d'incidenza materiale i libri o le scritture contabili della stessa. Da ciò ne consegue che l'integrazione della condotta prevista nel primo comma costituisce un'ipotesi di bancarotta patrimoniale, mentre la condotta di cui al secondo comma integra un'ipotesi di bancarotta documentale. Questo criterio di distinzione tra i commi dell'art. 216 l. fallimentare rileva anche dal punto di vista dell'applicazione del criterio temporale: è possibile, infatti, scindere la bancarotta prefallimentare (art. 216, comma 1) dalla bancarotta postfallimentare (art. 216, comma 2).
La legge fallimentare, nella parte in cui prevede le disposizioni di natura penalistica, prevede all'art. 219 che, nell'ipotesi di integrazione delle fattispecie di cui agli artt. 216, 217 e 218, la pena sia aumentate se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati. Il secondo comma della medesima norma prevede, invece, un'attenuante nel caso in cui i fatti commessi abbiano cagionato un danno patrimoniale di lieve entità.

Nel fatto in analisi, a Caio è contestata sia la distrazione di due autovetture della Società, quale ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale e prefallimentare, sia la tenuta incompleta della documentazione contabile, quale ipotesi di bancarotta documentale postfallimentare.
In ragione di questo addebito provvisorio e degli indizi raccolti dall'accusa, a Caio è stata applicata la misura cautelare personale coercitiva degli arresti domiciliari, confermata anche all'esito dell'interrogatorio di garanzia in cui l'indagato, su indicazione dell'Avvocato d'ufficio, si è avvalso della facoltà di non rispondere.
Caio ha incontrato il proprio difensore di fiducia, conseguentemente nominato, Avvocato Mevio Gracco, tre giorni dopo la notifica dell'ordinanza cautelare, raccontando alcuni elementi di indubbia rilevanza dal punto di vista difensivo. Egli ha raccontato, infatti, di non avere precedenti penali; di essere stato assunto a tempo indeterminato da una Società milanese (Società Y S.r.l.) già nel giugno del 2011 (appena un mese dopo la dichiarazione di fallimento della Società fiorentina KK S.r.l. da cui è nato il procedimento penale che vede Caio tra gli indagati) e di essersi trasferito stabilmente da Firenze a Milano proprio nello stesso periodo e per i motivi di lavoro; di non avere distratto le autovetture della Società che nemmeno sono mai state nella sua disponibilità, ma in quella dei soci che si occupavano dei rapporti con i clienti (e questa dice essere una circostanza nota anche a tutti gli altri soci e ai clienti della Società KK S.r.l.); di non avere mai avuto nella sua disponibilità la documentazione contabile che, invero, è sempre stata redatta e conservata dal Commercialista.
Tutto ciò premesso e considerato, la posizione di Caio risulta meno grave di quanto prospettato dalla Pubblica Accusa e comunque difendibile sotto diversi aspetti, in base ad elementi certi e provabili in giudizio.
In particolare, in relazione alla misura cautelare personale irrogata e già in esecuzione, è sicuramente possibile presentare una richiesta di riesame al Tribunale del Riesame di Firenze (in quanto territorialmente e funzionalmente competente) ai sensi dell'art. 309 c.p.p., non essendo ancora trascorsi i dieci giorni dalla notifica come previsto dalla disposizione del codice di rito. Il riesame, vero e proprio mezzo d'impugnazione, può essere presentato e sottoscritto personalmente dal soggetto raggiunto dal provvedimento cautelare ovvero dal difensore di fiducia. Con la richiesta di riesame, *in primis*, può essere chiesto l'annullamento dell'ordinanza cautelare per insussistenza di alcuna delle esigenze cautelari legittimanti l'applicazione della misura, ai sensi dell'art. 274 c.p.p. La menzionata disposizione, infatti, fa espresso riferimento al pericolo di dispersione o inquinamento delle prove, al pericolo di fuga del destinatario della misura cautelare e al pericolo di reiterazione del reato. Considerando ad una ad una le esigenze cautelari elencate nel codice di rito, viste in parallello rispetto agli elementi di fatto che si conoscono, non si ravvisa nel caso di specie la sussistenza di alcuna di esse. Segnatamente, in considerazione della condotta tenuta da Caio fin dalla dichiarazione di fallimento della Società KK S.r.l., sicuramente si può escludere un pericolo di fuga, anche in ragione del fatto che, se avesse voluto, lo avrebbe potuto fare ben prima, mentre si è premurato di stabilizzarsi dal punto di vista lavorativo. In ragione dell'attività di lavoratore dipendente in altra e diversa città rispetto al luogo in cui si trovava ed operava l'impresa fallita, non si ravvede nelle scelte di vita di Caio alcun pericolo reale e concreto di reiterazione del reato. Per gli stessi motivi e considerato altresì il lasso temporale ormai trascorso dalla dichiarazione di fallimento della Società KK S.r.l., non risulta nemmeno l'attualità e concretezza del pericolo di inquinamento delle prove o di dispersione di queste, le quali sono già state raccolte – almeno nella gran parte – dall'organo inquirente, anche per fondare la richiesta

di emissione dell'ordinanza cautelare. Si precisa, infatti, a fondamento di quanto esposto, che la giurisprudenza di merito ha avuto modo di precisare che «in tema di esigenze cautelari, fra i comportamenti o atti concreti sulla cui base deve essere condotto il giudizio sulla personalità del soggetto sottoposto ad indagini o dell'imputato ai fini della verifica, a norma dell'art. 274, lett. c, c.p.p., del pericolo di reiterazione del reato, possono ricomprendersi anche "le specifiche modalità e circostanze del fatto" di cui alla prima parte della medesima disposizione» (Trib. Catanzaro Sez. II, 09/03/2010) e che «in tema di esigenze cautelari, il concreto pericolo di recidiva nei confronti di persona incensurata può essere desunto dalle specifiche modalità e circostanze del fatto di reato. Invero, la negativa valutazione della personalità dell'indagato ben può fondarsi sugli specifici criteri oggettivi indicati dall'art. 133 c.p. » (Trib. Bari, 17/12/2009).

In via subordinata, nel medesimo atto di riesame, nella denegata ipotesi in cui il Tribunale del Riesame ritenesse sussistente una qualche esigenza cautelare di cui all'art. 274 c.p.p., è possibile avanzare la richiesta di una riforma della misura applicata, prevedendone una meno invasiva della libertà personale del soggetto rispetto agli arresti domiciliari, in base al principio di proporzionalità. L'art. 275 c.p.p., infatti, prevede che nel disporre le misure cautelari si debba tenere conto della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Rispetto al fatto in esame, la misura cautelare personale eseguita contro Caio risulta, se non priva dei presupposti applicativi, almeno sproporzionata rispetto all'obiettivo reale da perseguire. Sul punto la Corte di Cassazione penale ha avuto modo di precisare che «il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale». (Cass. pen., Sez. Unite, 31/03/2011, n. 16085). Si potrebbe, quindi, chiedere al Giudice del Riesame che voglia sostituire la misura degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) con quella meno afflittiva dell'obbligo di presentazione alla PG (art. 282 c.p.p.), così agevolando anche la normale prosecuzione dell'attività lavorativa di Caio.

In una proiezione rivolta al processo, preliminarmente è possibile ritenere che difficilmente la notizia di reato sarà archiviata, anche perché fondata su indizi comunque forti, parte dei quali è servita al PM per sostenere la richiesta di applicazione della misura cautelare personale nei confronti di Caio. Si precisa che una più compiuta linea difensiva potrà essere delineata solo dopo avere potuto prendere visione degli atti presenti nel fascicolo cautelare e, più ancora, quando sarà notificato l'avviso di conclusione delle indagini *ex* art. 415-*bis* c.p.p., con il deposito da parte del PM di tutti gli atti di indagine raccolti.

Ciò detto, quanto alla contestazione di distrazione delle autovetture della Società, sarà possibile approntare una difesa basata sulla testimonianza dei soci e dei clienti dell'impresa, i quali saranno chiamati a provare la circostanza secondo cui i mezzi non sarebbero mai stati nella disponibilità di Caio (ovviamente si devono intendere sia i soci che in effetti se ne sono appropriati senza legittimazione, i quali sicuramente rifiuteranno di rendere dichiarazioni autoindizianti, come è di loro diritto, sia gli altri e diversi soci che non potranno che dire la verità sul fatto). Di conseguenza verrebbe a cadere non solo l'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 216, comma 1, l. fallimentare, ma anche l'elemento oggettivo della fattispecie cri-

minosa almeno in riferimento alla persona di Caio. La Corte di Cassazione ha avuto modo di sottolineare che «l'accertamento della responsabilità dell'amministratore in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale non può reggersi su dati presuntivi richiedendosi una compiuta dimostrazione degli elementi obiettivi in relazione alla contestata condotta distruttiva» (Cass. pen., Sez. V, 14/12/2011, n. 3228).

Quanto alla contestazione di tenuta incompleta della documentazione contabile, Caio riferisce di non possedere conoscenze specifiche in materia, di non avere mai redatto né conservato personalmente gli atti dovuti per legge, ma di avere sempre demandato tutto al Commercialista Tizio. Sulla circostanza la difesa risulta alquanto difficile, in ragione del fatto che sussiste un obbligo dell'imprenditore di avere la documentazione contabile completa, assumendo una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 c.p. che comunque non può essere sviata semplicemente facendo ricadere la responsabilità su di un soggetto terzo. Però, se da un lato questo elemento non scagiona, dall'altro può essere utile per insistere sulla derubricazione del fatto dalla più grave previsione di bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, comma 2, l. fallimentare) alla meno grave previsione di bancarotta semplice (art. 217, l. fallimentare). A sostegno, si riporta la giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, secondo cui «la differenza tra la bancarotta fraudolenta documentale e quella semplice risiede nell'elemento psicologico: nel primo caso, individuato nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà della irregolare tenuta delle scritture con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore e, nel secondo caso, indifferentemente dal dolo o dalla colpa, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture» (Trib. Arezzo, 14/09/2011); «in tema di accertamento della fattispecie della bancarotta semplice o fraudolenta, la circostanza della tenuta irregolare dei libri e delle scritture contabili obbligatorie deve essere indagata dal giudice per verificare tutti i segnali indicativi della idoneità di una simile situazione a rendere oggettivamente impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari ed altresì, in capo all'agente, la consapevolezza e volontà della situazione medesima oppure la ravvisabilità di soli profili di negligenza o di dolo» (Cass. pen., Sez. V, 18/03/2011, n. 15560). La circostanza dell'estraneità di Caio rispetto alla tenuta delle scritture contabili obbligatorie può essere resa nota all'autorità giudicante direttamente da parte dell'interessato, rilasciando delle spontanee dichiarazioni ai sensi dell'art. 494 c.p.p.

In relazione alla fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di precisare che «in tema di bancarotta fraudolenta documentale, è illegittima l'affermazione di responsabilità dell'amministratore che faccia derivare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato dal solo fatto, costituente l'elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, considerato che, in tal caso, trattandosi per di più, di omissione contenuta in limiti temporali piuttosto ristretti, è necessario chiarire la ragione e gli elementi sulla base dei quali l'imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non, invece, di trascurare semplicemente la regolare tenuta delle scritture, senza porre mente alle conseguenze di tale condotta, considerato che, in quest'ultimo caso, si integra l'atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice. Per la declaratoria di responsabilità penale per il reato di bancarotta occorre acquisire la prova effettiva e concreta della consapevolezza dello stato delle scritture, tale da impedire la

ricostruzione del movimento degli affari o, per le ipotesi con dolo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno» (Trib. Taranto, Sez. II, 13/02/2012).
Così prospettata la difesa, essendo privata di fondatezza la contestazione di cui all'art. 216, comma 1, l. fallimentare, nemmeno può essere contestata a Caio l'aggravante di cui all'art. 219 l. fallimentare per avere commesso più fatti integrativi del reato di bancarotta fraudolenta. Inoltre, la derubricazione del fatto ed in generale il contegno tenuto dell'indagato/imputato, permetterebbero di concludere chiedendo l'applicazione dell'attenuante dell'art. 219, comma 2, l. fallimentare per la tenuità delle conseguenze patrimoniali, oltre alla concessione delle attenuanti generiche *ex* art. 62 *bis* c.p.
Nella denegata ipotesi in cui fosse riconosciuta la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo di entrambi i fatti di reato contestati, ne seguirebbe l'applicazione dell'aggravante dell'art. 219 l. fallimentare, la cui disposizione, però, deve essere letta secondo l'interpretazione che è stata data dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale così recita: «in tema di reati fallimentari, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen.» (Cass. pen., Sez. Unite, 27/01/2011, n. 21039).
La visione di tutti gli atti d'indagine, come già detto, permetterà di valutare, eventualmente, la possibilità di scelta di un rito speciale, quale, per esempio, il giudizio abbreviato condizionato all'assunzione della testimonianza dei soci e dei clienti della Società fallita e al rilascio di spontanee dichiarazioni da parte di Caio.
In conclusione, non pare ultroneo precisare che una condanna penale potrà seguire se e soltanto se sarà raggiunta la prova del fatto e della colpevolezza del soggetto imputato oltre ogni ragionevole dubbio.

Traccia per la redazione della richiesta di riesame

Caio, incontrando l'avvocato Mevio Gracco, ha mostrato l'ordinanza di applicazione della misura cautelare personale degli arresti domiciliari, notificata tre giorni prima presso la sua abitazione a cura dei Carabinieri del comando di zona di Milano.
Caio, soggetto incensurato, a seguito del fallimento della Società fiorentina KK S.r.l. da lui amministrata, è stato assunto, quasi immediatamente (già il 15 giugno 2011), con contratto a tempo indeterminato, presso la Società Y S.r.l. con sede legale ed operativa in Milano, a pochi chilometri di distanza dalla sua stessa abitazione, in qualità di addetto ai servizi generali.
Egli racconta all'avvocato di non essersi mai più spostato da Milano, ove si è trasferito immediatamente, appena firmato il contratto di lavoro con la Società Y S.r.l.
Alla luce di queste ulteriori indicazioni, assunte le vesti dell'avvocato Mevio Gracco, il candidato rediga istanza di riesame della misura cautelare personale presso l'autorità competente, formulando i motivi.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La traccia dell'atto ripropone alcune circostanze di fatto già riportate nella traccia del parere ed aggiunge alcuni elementi ulteriori, utili per la comprensione della questione e per la migliore formulazione dell'istanza di riesame.
Al candidato viene chiesto di cimentarsi con uno degli atti di impugnazione relativi alle misure cautelari, il quale presenta, da un lato, una ristrettezza di termini per la presentazione (dieci giorni dalla notifica o dall'esecuzione della misura), dall'altro lato concede una certa libertà di forma (tipica dell'atto penale) e non richiede, astrattamente, nemmeno la formulazione obbligatoria dei motivi fondanti la richiesta (vedi l'art. 309 c.p.p.).
La traccia data, però, pretende che, nel caso specifico, si indichino i motivi alla base dell'impugnazione, i quali sicuramente trovano origine nell'insussistenza delle esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.) o quantomeno nell'assenza di proporzionalità tra queste e la misura cautelare in concreto applicata – gli arresti domiciliari – (art. 275 c.p.p.).

Norme di riferimento nella redazione dell'atto

Per una corretta redazione dell'atto devono essere riconsiderate alcune norme tra quelle già indicate in precedenza, in relazione allo svolgimento del parere.
In particolare, si torna a puntare l'attenzione sugli artt. 272 ss c.p.p. in materia di misure cautelari personali e dei relativi presupposti applicativi, nonché sull'art. 309 c.p.p. in materia di riesame delle misure cautelari personali coercitive.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Nella stesura dell'atto, oltre a porre l'attenzione sulle disposizioni del codice di rito attinenti (art. 309 c.p.p. in particolare, quanto all'istanza di riesame), è necessario puntare l'attenzione sul destinatario (l'autorità competente) e sul risultato che si vuole ottenere e che deve risultare chiaro dal testo dell'istanza.
Preliminarmente, il candidato si deve interrogare su quale sia l'organo giudicante competente a cui indirizzare l'atto, sia dal punto di vista della competenza funzionale, sia dal punto di vista della competenza territoriale.
È poi necessario indagare chi sia il soggetto legittimato a presentare l'atto (in questo caso il riesame) e quindi, dopo l'epigrafe, indicate le generalità dell'esponente (e dell'eventuale difensore di fiducia).
A seguire (senza che lo schema che ora si indica abbia alcun carattere di vincolatività), deve essere formulata, in maniera chiara e precisa, la richiesta avanzata e il provvedimento impugnato a cui ci si riferisce, con la specificazione dei motivi (in quanto richiesto dalla traccia ma, in generale, non obbligatorio per il riesame), rinnovando, infine, le conclusioni rassegnate di cui si chiede l'accoglimento.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La traccia data offre un binario-guida per la stesura dell'atto, poiché in essa sono individuati alcuni elementi essenziali per sostenere le richieste avanzate nel riesame e i motivi addotti a fondamento.

In particolare, nel caso specifico, si consideri che:

– Caio è incensurato;
– Caio non ha più svolto attività imprenditoriale ed anzi è un lavoratore dipendente, assunto a tempo indeterminato, in altro e diverso luogo rispetto a dove aveva sede ed operava la Società KK S.r.l. fallita (Milano, in ragione di Firenze);
– Caio, sicuramente, ha interesse a potere proseguire il rapporto lavorativo con la Società Y S.r.l. di Milano nelle more del procedimento penale aperto a suo carico dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze;
– Caio si è trasferito subito a Milano, appena stipulato il contratto di lavoro con la Società Y S.r.l., eliminando così ogni forma di contatto non solo con l'attività imprenditoriale in proprio, ma anche con l'ambiente fiorentino;
– la misura cautelare degli arresti domiciliari risulta comunque non proporzionata rispetto alle esigenze cautelari del caso concreto (qualora ravvisabili).

Opzioni difensive a disposizione

In conseguenza a tutto quanto suesposto e alle indicazioni di fatto schematicamente riportate nel paragrafo che precede, risulta evidente che Caio possiede delle buone armi di difesa per chiedere l'annullamento della misura cautelare personale degli arresti domiciliari per assenza delle esigenze cautelari, il cui catalogo tassativo è riportato nell'art. 274 c.p.p.
In via subordinata, resta la possibilità di chiedere almeno una modifica *in melius*, insistendo per l'applicazione di una misura cautelare meno invasiva della libertà personale del soggetto destinatario, in ragione del principio di proporzionalità tra esigenze cautelari e scelta della misura, previsto dall'art. 275 c.p.p.

Schema dell'atto

1. *Epigrafe dell'atto*: contenente l'indicazione dell'autorità giudiziaria a cui è diretto l'atto (Tribunale del Riesame di Firenze), la parte impugnante e l'eventuale difensore di fiducia che lo rappresenta ed assiste, gli estremi dell'atto che si impugna (ordinanza applicativa della misura cautelare personale coercitiva degli arresti domiciliari), le parti del provvedimento che si intendono impugnare, chiedendone l'annullamento o la riforma (il riesame è un atto di impugnazione ad effetto devolutivo pieno);
2. *Premessa:* ove si elencano brevemente i passaggi che hanno portato alla presentazione del riesame, con indicazione delle date di notifica e qualsiasi altro elemento utile al fine di evitare, *ab origine,* una declaratoria di inammissibilità dell'atto stesso.
3. *Enunciazione dei motivi*: come detto il riesame, ai sensi dell'art. 309 c.p.p., non prevede l'obbligo di enunciare i motivi ma la traccia, in questo caso, richiede che venga svolta questa attività.
4. *Conclusioni:* in questa parte si deve sottolineare con chiarezza quale è il risultato che si vuole ottenere, eventualmente suddividendo le richieste principali rispetto a quelle che si devono considerare in via subordinata.

Svolgimento dell'atto per esteso

TRIBUNALE DEL RIESAME DI FIRENZE

Istanza di riesame dell'ordinanza applicativa della misura cautelare

(ai sensi dell'art. 309 c.p.p.)

Il sottoscritto avv. Mevio Gracco, con Studio in <.....>, difensore di fiducia (giusta delega già versata in atti) del sig. Caio, nato a <.....> il <.....>, residente in <.....>, C.F. <.....>, indagato nel procedimento penale RGNR N. <.....>, iscritto nel registro delle notizie di reato presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Firenze

PREMESSO:

– che in data <.....> è stato notificato al signor Caio l'ordinanza cautelare che applica la misura degli arresti domiciliari;
– che in data <.....>, su rogatoria del GIP presso il Tribunale di Firenze, si è svolto l'interrogatorio di garanzia del sottoposto a misura cautelare a cura del GIP presso il Tribunale di Milano;
– che è stata confermata la misura cautelare personale coercitiva degli arresti domiciliari, in quanto sono stati ritenuti sussistenti i presupposti applicativi previsti dal codice di rito, sia in relazione alle esigenze cautelari, sia quanto ai gravi indizi di colpevolezza, ai sensi degli artt. 274-275. c.p.p.;

visto l'art. 309 c.p.p., propone

RICHIESTA DI RIESAME

della predetta ordinanza (all. 1) applicativa della misura cautelare personale degli arresti domiciliari (R.G.N.R. N. <…..>, ord. N. <…..>) nei confronti di Caio, soggetto meglio generalizzato in epigrafe

CHIEDENDO

– l'annullamento della misura cautelare personale in esecuzione per insussistenza delle esigenze cautelari, come elencate in maniera tassativa nell'art. 274 c.p.p.;
– in via subordinata, nella denegata ipotesi in cui non fosse ritenuta fondata l'istanza di annullamento, la riforma della misura cautelare e la sostituzione con una meno restrittiva della libertà personale del soggetto destinatario, quale l'obbligo di presentazione alla PG, per assenza di proporzione tra la natura ed il grado delle esigenze cautelari e il provvedimento concretamente reso, secondo la previsione dell'art. 275 c.p.p.;

E ciò per i seguenti

MOTIVI

Insussistenza delle esigenze cautelari ex art. 274 c.p.p.

Caio è stato iscritto nel registro degli indagati presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Firenze, a seguito della dichiarazione di fallimento della Società fiorentina KK S.r.l., avvenuta in data 12 maggio 2011, nella sua qualità di Amministratore Unico della stessa impresa. A Caio vengono contestate plurime violazioni dell'art. 216 l. fallimentare.

Come da documenti in atti, peraltro, Caio, già in data 15 giugno 2011, aveva firmato un contratto di lavoro a tempo indeterminato, come addetto ai servizi generali, con la Società Y S.r.l. con sede in Milano (all. 2) e, immediatamente, si era trasferito nel capoluogo milanese (all. 3), senza fare più ritorno in territorio fiorentino.
Tali circostanze giustificano la richiesta di annullamento della misura cautelare personale degli arresti domiciliari indirizzata a Caio, per insussistenza delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.
Più precisamente, la menzionata disposizione del codice di rito, come noto, enuncia tassativamente le esigenze cautelari che costituiscono un presupposto essenziale per l'esecuzione della misura: pericolo di inquinamento probatorio, pericolo di fuga, pericolo di reiterazione del reato. Valutando, ad una ad una, le esigenze cautelari elencate nel codice di rito, in parallelo rispetto alle circostanze di fatto suesposte, non si ravvisa nel caso di specie la sussistenza di alcuna di esse. Segnatamente, in considerazione della condotta tenuta da Caio fin dalla dichiarazione di fallimento della Società KK S.r.l.:

– sicuramente si può escludere un pericolo di fuga: non solo, se lo avesse voluto, Caio avrebbe potuto allontanarsi ben prima, ma, proprio a dimostrazione dell'assenza di tale intendimento, lo stesso si è premurato di stabilizzarsi dal punto di vista lavorativo.
– Con altrettanta certezza deve escludersi il pericolo di reiterazione del reato: in ragione dell'attività di lavoratore dipendente in altra e diversa città rispetto al luogo in cui si trovava ed operava l'impresa fallita, nelle scelte di vita di Caio non è ravvisabile alcun pericolo reale e concreto di tale esigenza.
– Infine, non si può nemmeno parlare di pericolo di inquinamento probatorio: per gli stessi motivi e per il lasso temporale ormai trascorso dalla dichiarazione di fallimento della Società KK S.r.l., non risulta nemmeno immaginabile un'attualità e una concretezza del pericolo di inquinamento delle prove o di dispersione di queste, che in gran parte sono state già raccolte e utilizzate proprio allo scopo di fondare la richiesta di emissione dell'ordinanza cautelare.

La giurisprudenza di merito ha avuto modo di precisare che «in tema di esigenze cautelari, fra i comportamenti o atti concreti sulla cui base deve essere condotto il giudizio sulla personalità del soggetto sottoposto ad indagini o dell'imputato ai fini della verifica, a norma dell'art. 274, lett. c, c.p.p., del pericolo di reiterazione del reato, possono ricomprendersi anche "le specifiche modalità e circostanze del fatto" di cui alla prima parte della medesima disposizione» (Trib. Catanzaro Sez. II, 09/03/2010) e che «in tema di esigenze cautelari, il concreto pericolo di recidiva nei confronti di persona incensurata può essere desunto dalle specifiche modalità e circostanze del fatto di reato. Invero, la negativa valutazione della personalità dell'indagato ben può fondarsi sugli specifici criteri oggettivi indicati dall'art. 133 c.p.» (Trib. Bari, 17/12/2009).

Riforma della misura cautelare per violazione del principio di proporzione ex art. 275 c.p.p.
In via subordinata, pur nella certezza della bontà e della fondatezza dei motivi addotti ai fini dell'annullamento della misura cautelare degli arresti domiciliari irrogata a Caio, si fa presente la sussistenza di altrettanti motivi fondati per ottenere, almeno, una riforma *in melius* della misura. Come è noto, l'art. 275 c.p.p. prevede che, nel disporre le misure cautelari, si debba tenere conto della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Rispetto al fatto in esame, la misura cautelare personale eseguita contro Caio risulta chiaramente sproporzionata

rispetto all'obiettivo reale da perseguire, e ciò in ragione delle medesime circostanze di fatto che sono già state riportate a fondamento della richiesta di annullamento della misura. Sul punto la Corte di Cassazione penale ha avuto modo di precisare che «il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale». (Cass. pen. Sez. Unite, 31/03/2011, n. 16085). Si insta, quindi, ma solo in via subordinata, per la sostituzione della misura degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) con quella meno restrittiva della libertà personale dell'obbligo di presentazione alla PG (art. 282 c.p.p.), così agevolando anche la normale prosecuzione dell'attività lavorativa di Caio.

Tutto ciò premesso, esposto, allegato e motivato, il sottoscritto Avvocato Mevio Gracco, nella sua qualità di difensore di fiducia del signor Caio,

Chiede

In via principale

– l'annullamento della misura cautelare personale in esecuzione per insussistenza, principalmente, delle esigenze cautelari, come elencate in maniera tassativa nell'art. 274 c.p.p.;

In via subordinata

– nella denegata ipotesi in cui non fosse ritenuta fondata l'istanza di annullamento, la riforma della misura cautelare e la sostituzione con una meno restrittiva della libertà personale del soggetto destinatario, quale l'obbligo di presentazione alla PG, per assenza di proporzione tra la natura ed il grado delle esigenze cautelari e il provvedimento concretamente reso, secondo la previsione dell'art. 275 c.p.p.

Si insiste.

Milano-Firenze, lì <.....>

Avv. <…..>

La sentenza in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. Un. pen., 27 gennaio 2011, n. 21039

Fallimento (disposizioni penali) - Bancarotta semplice - In genere

In caso di pluralità di condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di uno stesso fallimento, le medesime mantengono autonomia, dando luogo a un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma 2 n. 1, l. fall.; disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 c.p.

Deve escludersi, con riferimento a condotte di bancarotta ancora sub iudice, la preclusione ex art. 649 c.p.p. dell'eventuale giudicato intervenuto su altre e distinte condotte di bancarotta relative alla stessa procedura concorsuale.

Per il testo integrale della sentenza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

12. Lesioni personali colpose da sinistro stradale

(di Stefano Marcolini)

Traccia per la redazione del parere

In data 30 maggio 2012 alle ore 21.00 Tizio percorre, alla guida della propria autovettura, Viale Monza in Milano a velocità moderata, allorché, in corrispondenza di una laterale destra, viene urtato nella parte posteriore destra della sua vettura da una vettura condotta dal sig. Caio, che non aveva osservato il segnale di stop posto alla confluenza della laterale dal medesimo percorsa con Viale Monza.
In seguito all'impatto tra le vetture, Tizio riporta lesioni personali – tra cui la frattura della tibia della gamba destra – per le quali viene formulata una prognosi di guarigione complessiva di giorni 60.
Sul luogo del sinistro interviene la Polizia locale, che eleva contravvenzione a Caio per mancato rispetto dell'obbligo di fermarsi al segnale di stop.
Al sinistro assistono alcuni passanti, in particolare il sig. Mevio ed il sig. Sempronio, che figurano indicati nella relazione sul sinistro stesa dalla Polizia locale.
Qualche giorno dopo il sinistro, Tizio si rivolge al proprio legale per agire anche penalmente nei confronti di Caio ed ottenere il risarcimento dei danni patiti.
Assunte le vesti del legale di Tizio, si illustrino al cliente le varie possibilità di azione.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione di un qualsiasi parere esige una preventiva e preliminare attività di analisi, da parte del candidato, volta all'individuazione dei punti problematici e delle argomentazioni da sviluppare, a partire dai "suggerimenti", in fatto ed in diritto, offerti dalla traccia.
Nel caso di specie, occorre fornire a Tizio una chiara e compiuta informativa in ordine alle possibilità di azione che l'ordinamento gli offre a seguito del sinistro e delle lesioni subite.
Nel far ciò occorre – trattasi di prescrizione sempre valida – resistere alla tentazione di "arricchire" gli elementi fattuali forniti dalla traccia con ulteriori circostanze inventate: far ciò potrebbe essere valutabile in senso decisamente negativo in una eventuale sede concorsuale.
Quel che occorre fare, viceversa, è valorizzare (e basarsi unicamente su) gli elementi noti, in quanto direttamente ricavabili, anche quando sembrano poveri od insufficienti.
Nel caso di specie la dinamica del sinistro, emergente dalla traccia, consente di ritenere che la colpa del medesimo sia da attribuire interamente a Caio: mentre la vettura guidata da Tizio procedeva "a velocità moderata", quella guidata da Caio usciva da una via laterale non rispettando il segnale di stop e collideva con la prima. Della stessa opinione gli appartenenti

alla Polizia locale, intervenuti sul posto, che infatti elevavano contravvenzione unicamente nei confronti di Caio.
Da ricordare l'ulteriore elemento della relazione scritta redatta dalla stessa Polizia, in cui figurano le generalità di due testimoni del sinistro.
Poiché la traccia richiede al legale di esporre al cliente quali vie anche (ma non esclusivamente) penali siano percorribili, sarà opportuna una – breve – premessa sulla figura dell'assicurazione obbligatoria dei danni derivanti dalla circolazione di veicoli, di cui agli artt. 122 e segg. D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. Codice delle assicurazioni private), le cui disposizioni hanno sostituito la precedente legge 24 dicembre 1969, n. 990: ciò al fine di raccordare le possibili iniziative di diritto civile con quelle di natura penale, distinguendo sin da subito i danni alla vettura da quelli alla persona.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 37 D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada). Apposizione e manutenzione della segnaletica stradale.
1. L'apposizione e la manutenzione della segnaletica, ad eccezione dei casi previsti nel regolamento per singoli segnali, fanno carico:
a) agli enti proprietari delle strade, fuori dei centri abitati;
b) ai comuni, nei centri abitati, compresi i segnali di inizio e fine del centro abitato, anche se collocati su strade non comunali;
c) al comune, sulle strade private aperte all'uso pubblico e sulle strade locali;
d) nei tratti di strade non di proprietà del comune all'interno dei centri abitati con popolazione inferiore ai diecimila abitanti, agli enti proprietari delle singole strade limitatamente ai segnali concernenti le caratteristiche strutturali o geometriche della strada. La rimanente segnaletica è di competenza del comune.
2. Gli enti di cui al comma 1 autorizzano la collocazione di segnali che indicano posti di servizio stradali, esclusi i segnali di avvio ai posti di pronto soccorso che fanno carico agli enti stessi. L'apposizione e la manutenzione di detti segnali fanno carico agli esercenti.
2-*bis*. Gli enti di cui al comma 1 possono utilizzare, nei segnali di localizzazione territoriale del confine del comune, lingue regionali o idiomi locali presenti nella zona di riferimento, in aggiunta alla denominazione nella lingua italiana *(1)*.
3. Contro i provvedimenti e le ordinanze che dispongono o autorizzano la collocazione della segnaletica è ammesso ricorso, entro sessanta giorni e con le formalità stabilite nel regolamento, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che decide in merito *(2)*.
(1) Comma inserito dall'articolo 1 del D.L. del 27 giugno 2003, n. 151.
(2) A norma dell'articolo 17 del D.lgs 15 gennaio 2002, n. 9 la denominazione del Ministero è così modificata.

Art. 145 D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada). Precedenza.
1. I conducenti, approssimandosi ad una intersezione, devono usare la massima prudenza al fine di evitare incidenti.
2. Quando due veicoli stanno per impegnare una intersezione, ovvero laddove le loro traiettorie stiano comunque per intersecarsi, si ha l'obbligo di dare la precedenza a chi proviene da destra, salvo diversa segnalazione.
3. Negli attraversamenti di linee ferroviarie e tranviarie i conducenti hanno l'obbligo di dare la precedenza ai veicoli circolanti su rotaie, salvo diversa segnalazione.
4. I conducenti devono dare la precedenza agli altri veicoli nelle intersezioni nelle quali sia così stabilito dall'autorità competente ai sensi dell'art. 37 e la prescrizione sia resa nota con apposito segnale.
5. I conducenti sono tenuti a fermarsi in corrispondenza della striscia di arresto, prima di immettersi nella intersezione, quando sia così stabilito dall'autorità competente ai sensi dell'art. 37 e la prescrizione sia resa nota con apposito segnale.

6. Negli sbocchi su strada da luoghi non soggetti a pubblico passaggio i conducenti hanno l'obbligo di arrestarsi e dare la precedenza a chi circola sulla strada.
7. È vietato impegnare una intersezione o un attraversamento di linee ferroviarie o tranviarie quando il conducente non ha la possibilità di proseguire e sgombrare in breve tempo l'area di manovra in modo da consentire il transito dei veicoli provenienti da altre direzioni.
8. Negli sbocchi su strada di sentieri, tratturi, mulattiere e piste ciclabili è fatto obbligo al conducente di arrestarsi e dare la precedenza a chi circola sulla strada. L'obbligo sussiste anche se le caratteristiche di dette vie variano nell'immediata prossimità dello sbocco sulla strada.
9. I conducenti di veicoli su rotaia devono rispettare i segnali negativi della precedenza.
10. Chiunque viola le disposizioni di cui al presente articolo è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da Euro 154 a Euro 613 *(1)*.
11. Quando lo stesso soggetto sia incorso, in un periodo di due anni, in una delle violazioni di cui al comma 10 per almeno due volte, all'ultima infrazione consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da uno a tre mesi, ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI.
(1) Comma così modificato dall'articolo 3 del D.L. 27 giugno 2003, n. 151. Con D.M. 29 dicembre 2006, con D.M. 17 dicembre 2008 e con D.M. 22 dicembre 2010, la sanzione è stata così aggiornata come previsto dall'articolo 195 del presente decreto.

Art. 122 D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private). Veicoli a motore. *(1)*
1. I veicoli a motore senza guida di rotaie, compresi i filoveicoli e i rimorchi, non possono essere posti in circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate se non siano coperti dall'assicurazione per la responsabilità civile verso i terzi prevista dall'articolo 2054 del codice civile e dall'articolo 91, comma 2, del codice della strada. Il regolamento, adottato dal Ministro delle attività produttive, su proposta dell'ISVAP, individua la tipologia di veicoli esclusi dall'obbligo di assicurazione e le aree equiparate a quelle di uso pubblico.
2. L'assicurazione comprende la responsabilità per i danni alla persona causati ai trasportati, qualunque sia il titolo in base al quale è effettuato il trasporto.
3. L'assicurazione non ha effetto nel caso di circolazione avvenuta contro la volontà del proprietario, dell'usufruttuario, dell'acquirente con patto di riservato dominio o del locatario in caso di locazione finanziaria, fermo quanto disposto dall'articolo 283, comma 1, lettera d), a partire dal giorno successivo alla denuncia presentata all'autorità di pubblica sicurezza. In deroga all'articolo 1896, primo comma, secondo periodo, del codice civile l'assicurato ha diritto al rimborso del rateo di premio, relativo al residuo periodo di assicurazione, al netto dell'imposta pagata e del contributo previsto dall'articolo 334.
4. L'assicurazione copre anche la responsabilità per i danni causati nel territorio degli altri Stati membri, secondo le condizioni ed entro i limiti stabiliti dalle legislazioni nazionali di ciascuno di tali Stati, concernenti l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, ferme le maggiori garanzie eventualmente previste dal contratto o dalla legislazione dello Stato in cui stazionano abitualmente .
(1) Per il Regolamento recante disposizioni in materia di obbligo di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti di cui al presente capo, vedi il D.M. 1 aprile 2008, n. 86.

Art. 185 c.p. Restituzioni e risarcimento del danno.
[I]. Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.
[II]. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

Art. 74 c.p.p. Legittimazione all'azione civile.
1. L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile.

Art. 582 c.p. Lesione personale.
[I]. Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni *(1)*.

[II]. Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dagli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa *(2) (3)*.

(1) Per una ipotesi di aumento della pena, v. art. 1 l. 25 marzo 1985, n. 107 e art. 36 l. 5 febbraio 1992, n. 104.

(2) Comma sostituito dapprima dall'art. unico l. 26 gennaio 1963, n. 24, e poi dall'art. 91 l. 24 novembre 1981, n. 689.

(3) V. art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di competenza penale del giudice di pace. V. inoltre la norma transitoria di cui all'art. 64 d.lgs. n. 274, cit. Per le ipotesi di reato attribuite alla competenza del giudice di pace si applica la sanzione della multa da 516 euro a 2.582 euro o quella della permanenza domiciliare da 15 a 45 giorni o del lavoro di pubblica utilità da 20 giorni a 6 mesi.

Art. 583 c.p. Circostanze aggravanti.

[I]. La lesione personale è grave, e si applica la reclusione da tre a sette anni:

1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;

2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo *(2)*.

[II]. La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:

1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;

2) la perdita di un senso;

3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;

4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso *(3)*.

(1) Per ulteriori ipotesi di aumento di pena v. art. 36 l. 5 febbraio 1992, n. 104 e art. 1 l. 25 marzo 1985, n. 107.

(2) Seguiva un n. 3 abrogato dall'art. 22 l. 22 maggio 1978, n. 194.

(3) Seguiva un n. 5 abrogato dall'art. 22 l. n. 194, cit.

Art. 590 c.p. Lesioni personali colpose. *(1) (2)*

[I]. Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a 309 euro *(3)*.

[II]. Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da 123 euro a 619 euro; se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da 309 euro a 1.239 euro.

[III]. Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni. Nei casi di violazione delle norme sulla circolazione stradale, se il fatto è commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni *(4)*.

[IV]. Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque.

[V]. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale *(5)*.

(1) Articolo sostituito dall'art. 2 l. 11 maggio 1966, n. 296. Il testo originario recitava: «[I]. Chiunque cagiona ad altri, per colpa, una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a lire duecentomila. [II]. Se la lesione è grave, la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da lire ottantamila a quattrocentomila; se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da lire duecentomila a ottocentomila. Se i fatti di cui al precedente capoverso sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da due a sei mesi o della multa da lire centosettantamila a quattrocentomila; e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da sei mesi a due anni o della multa da lire quattrocentomila a lire ottocentomila. [II]. Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque. [III]. Nel caso previsto dalla prima parte di questo articolo il colpevole è punito a querela della persona offesa».

(2) V. art. 4 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di competenza penale del giudice di pace. V. Inoltre la norma transitoria di cui all'art. 64 d. lgs. n. 274, cit. Per le ipotesi di reato attribuite alla competenza del giudice di pace si applica la sanzione della multa da 258 euro a 2.582 euro.
(3) Per una particolare ipotesi di riduzione della pena, v. art. 81 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.
(4) Comma sostituito dall'art. 22 l. 21 febbraio 2006, n. 102 e successivamente integrato dall'art. 1 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv., con modif., dalla legge 24 luglio 2008, n. 125. Il testo del comma precedente la sostituzione era il seguente: «Se i fatti di cui al precedente capoverso sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da due a sei mesi o della multa da 247 euro a 619 euro; e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da sei mesi a due anni o della multa da 619 euro a 1.239 euro».
(5) Comma così sostituito dall'art. 92 l. 24 novembre 1981, n. 689. V. Anche art. 2 l. 3 agosto 2007, n. 123, in tema di tutela della sicurezza sul lavoro.

Art. 4 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Competenza per materia.
1. Il giudice di pace è competente:
a) per i delitti consumati o tentati previsti dagli articoli 581, 582, limitatamente alle fattispecie di cui al secondo comma perseguibili a querela di parte, 590, limitatamente alle fattispecie perseguibili a querela di parte e ad esclusione delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale quando, nei casi anzidetti, derivi una malattia di durata superiore a venti giorni, nonché ad esclusione delle fattispecie di cui all' articolo 590, terzo comma, quando si tratta di fatto commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 , e successive modificazioni, ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope *(omissis). (1)*
(1) Lettera modificata dall'articolo 3 della legge 9 aprile 2003, n. 72, dall'articolo 3 del D.L. 23 maggio 2008, n. 92 e successivamente dall'articolo 3, comma 5 della legge 15 luglio 2009, n. 94.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

La redazione del parere inizia con una breve premessa in grado di condurre il lettore ad individuare gli aspetti fondamentali del problema. La premessa consiste in un riassunto della vicenda: non una mera e pigra parafrasi della traccia, ma una esposizioni personale dei soli elementi fattuali di essa che si intendono valorizzare nello sviluppo del parere, con abbandono delle circostanze che, invece, si ritengono inutili.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Nel caso di specie, va evidenziato che, in punto di fatto, appare pacifico che Caio non abbia rispettato un segnale di stop: sempre che, ovviamente, il racconto del cliente sia veritiero, la circostanza emerge dalla contravvenzione elevata a Caio, dalla relazione della Polizia locale e, infine, dal racconto dei due testimoni.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

Su tale premessa fattuale, l'individuazione della fattispecie penale violata appare oltremodo agevole, essendo consistita in una lesione personale colposa, il cui diretto antecedente causale è consistito appunto nella mancata osservanza, da parte di Caio, del segnale di stop posto alla confluenza tra la via che percorreva e Viale Monza.
Trattandosi di un parere di diritto penale, l'attività non deve essere orientata alla sola ricerca della fattispecie incriminatrice che potrebbe applicarsi al caso (norma di parte speciale), ma anche alle eventuali norme, sempre di parte speciale oppure di parte generale, che rilevino per la risoluzione (circostanze, concorso, tentativo, causalità, etc.).

Nel concreto, se è chiaro che la violazione riguarda l'art. 590 c.p., occorre consultare l'art. 583, comma 1, n. 1 c.p. per stabilire che si tratta di lesioni gravi, ed occorre osservare ulteriormente che è applicabile una circostanza aggravante speciale, descritta all'art. 590, comma 3 c.p.

Opzioni difensive a disposizione. Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

La traccia non esige solo di determinare quali reati siano configurabili nei fatti descritti ma, invitando ad assumere e patrocinare le ragioni di Tizio, impone anche di spiegargli quali siano le opzioni (più che "difensive", potrebbero essere chiamate "offensive"!) che egli ha a disposizione per ottenere soddisfazione per il fatto ingiusto subìto.

La *summa divisio* in tema è data, ovviamente, dalla possibilità di ricerca del mero risarcimento del danno sul piano civilistico, contrapposta alla possibilità di azione sul piano penale.

Dopo la necessaria spiegazione su ciò che si può chiedere con una ordinaria azione civile e sulle modalità con cui proporla, anche in considerazione della presenza, accanto al danneggiante, della società assicuratrice per i danni cagionati dalla circolazione di veicoli, l'attenzione deve concentrarsi sulle possibilità di iniziativa penale.

Queste ultime non ruotano solamente intorno alla possibilità di una "ordinaria" denuncia-querela, ma anche – preso atto che il reato di cui all'art. 590 c.p. è di competenza per materia del giudice di pace – intorno alla possibilità di proporre ricorso immediato *ex* art. 21 D.Lgs. n. 274 del 2000.

Di tale possibilità, nonché dei requisiti e degli effetti di tale iniziativa il cliente deve essere minutamente reso edotto.

Giurisprudenza

In giurisprudenza, utili per la risoluzione dei vari nodi problematici da affrontare sono:

Cass. pen., sez. I, 13-01-2011, n. 4745, in *Arch. giur. circol. e sinistri,* 2011, 817
Rientra nella competenza per materia del giudice di pace il delitto di lesioni colpose gravi non riconducibile a violazione di norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro, e nella specie derivanti da incidente stradale;

Cass. pen., sez. IV, 11.11.2010, n. 112, in *Arch. giur. circol. e sinistri,* 2011, 207
Ai fini dell'operatività della causa estintiva prevista, per i reati di competenza del giudice di pace, dall'art. 35 d. lgs. n. 274 del 2000, deve ritenersi valido anche il risarcimento del danno effettuato da una compagnia di assicurazione, sempre che tale risarcimento abbia carattere di esaustività (condizione, quest'ultima che, nella specie, la Corte ha ritenuto fosse stata correttamente esclusa, avuto anche riguardo al fatto che era ancora in corso tra le parti una controversia civile) (fattispecie in tema di lesioni colpose cagionate a seguito di sinistro stradale).

Cass. pen., sez. I, 21.05.2009, n. 23053, in *Arch. giur. circol. e sinistri,* 2010, 247
Spetta al giudice di pace la competenza per il delitto di lesioni colpose derivanti da violazione delle norme relative alla circolazione stradale in tutte le ipotesi perseguibili a querela di parte, con l'eccezione – introdotta dall'art. 3 d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. nella l. 24 luglio 2008, n. 125 – delle fattispecie di lesioni gravi e gravissime procurate in stato di ebbrezza da alcolici o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti con violazione degli art. 186 e 187 c. strad.;

Cass. pen., sez. IV, 02.04.2008, n. 20014, in *Arch. giur. circol. e sinistri,* 2008, 729
Il giudice di pace non può dichiarare l'estinzione del reato, ai sensi dell'art. 35 d. lgs. n. 274 del 2000, quando il risarcimento del danno, conseguente a violazione delle norme alla circolazione stradale, sia dovuto all'autonomo intervento della compagnia presso cui l'imputato è assicurato e in presenza dell'opposizione di quest'ultimo, intenzionato ad affrontare invece il procedimento penale nel merito al fine di vedere dimostrata la propria innocenza;

Trib. Camerino, 13.02.2007, in *Riv. pen., 2008,* 1165
È inammissibile l'istanza della parte civile che pretenda di citare (non in via surrogatoria, ma) in via diretta (cioè esercitando un diritto proprio) la Compagnia di assicurazione del responsabile civile; infatti (diversamente dalla disciplina dell'assicurazione obbligatoria in tema di circolazione stradale), nei casi in cui le assicurazioni abbiano la loro fonte esclusiva nel contratto l'assicuratore è tenuto soltanto verso l'assicurato, onde l'azione civile diretta del danneggiato contro l'assicuratore in sede civile è esclusa e del pari è esclusa la citazione dell'assicuratore medesimo come responsabile civile nel processo penale;

Cass. pen., sez. IV, 07.02.2002, n. 1534, in *Riv. giur. polizia,* 2003, 94
Il conducente di un veicolo che si trovi ad impegnare un'intersezione stradale, ancorché sia egli favorito dalla precedenza, deve adottare tutte le opportune cautele atte ad evitare la possibilità di sinistri stradali, riducendo opportunamente la velocità, nella previsione di possibili condotte negligenti da parte degli altri utenti della strada. In tal senso il comportamento illecito di un conducente che non accordi la dovuta precedenza, non può essere considerato causa esclusiva del sinistro se il conducente favorito dalla precedenza non ha posto in atto un comportamento particolarmente diligente, in relazione allo stato dei luoghi e alle condizioni di visibilità;

Cass. pen., sez. IV, 08.11.1990, Bertolotti, in *Cass. pen.*, 1992, 1041
In tema di lesioni o omicidio colposi commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, è compreso nell'obbligo di tenere un comportamento prudente ed accorto da parte del conducente di un autoveicolo, quello di prevedere le imprudenze altrui ragionevolmente prevedibili, e tale deve considerarsi l'inosservanza dell'obbligo di dare la precedenza da parte di chi da una strada secondaria s'immette su strada privilegiata, pur dopo essersi temporaneamente fermato sulla linea di stop;

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Conclusioni

Tizio ha diritto al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, patiti per effetto del sinistro di cui Caio è interamente responsabile.
A tal fine, potrà non solo agire nella sede civile, ma anche in quella penale, nella quale potrà, in particolare, in alternativa alla querela tradizionale, proporre ricorso immediato al giudice di pace.

Svolgimento del parere per esteso

Si rivolge al mio studio Tizio, riferendo di aver subito, il giorno 30 maggio 2012, in ora serale, un sinistro stradale. Mentre percorreva con la propria vettura Viale Monza in Milano a velocità moderata, egli era attinto da altra vettura, improvvisamente sbucata fuori da una laterale destra. L'impatto provocava a Tizio danni materiali, segnatamente alla sua vettura, nonché dei danni alla salute, tra i quali la frattura della tibia della gamba destra, con prognosi di guarigione di 60 giorni.
Gli operanti della Polizia locale, intervenuti sul posto, individuavano in Caio il conducente del veicolo ed accertavano che egli non aveva osservato il segnale di stop posto alla confluenza della laterale con Viale Monza, elevando relativo verbale ai sensi dell'art. 145, commi 5 e 10 C.d.S.

Nella relazione gli operanti di polizia indicavano, inoltre, le generalità di due passanti che avevano avuto modo di assistere al sinistro.
Ciò premesso, Tizio mi chiede quali iniziative sia possibile intraprendere nei confronti di Caio, per ottenere soddisfazione anche penale nei suoi confronti, oltre che il risarcimento dei danni.
Ritengo innanzitutto opportuno acquisire quanto prima la relazione stesa dalla Polizia locale, al fine di avere sin da subito un supporto probatorio certo a sostegno della attribuibilità a Caio della responsabilità del sinistro. Vi è in proposito da interpellare direttamente il Comando cui appartengono gli operanti intervenuti, peraltro nella consapevolezza che tale Comando non consentirà l'accesso diretto al rapporto se da esso emergano fatti costituenti reato (perché in questo caso il rapporto costituisce notizia di reato, coperta da segreto istruttorio sul cui sollevamento è competente a decidere l'autorità giudiziaria) e che, parallelamente a ciò, è diffusa la prassi di consentire l'accesso ai rapporti che evidenziano fatti costituenti reati procedibili a querela solo decorso inutilmente il termine – di 3 mesi – per la sua proposizione. Un contatto diretto con il Comando *de quo*, al fine di conoscerne la prassi applicativa, appare quindi indispensabile.
Ciò premesso, svolgo alcune iniziali considerazioni sulle conseguenze civilistiche del sinistro, per poi concentrarmi su quelle penalistiche.
Sul versante civilistico, salvo che la relazione da acquisire non smentisca clamorosamente il racconto fattomi, sulla base di quest'ultimo ritengo che il sinistro occorso sia da ascrivere integralmente alla responsabilità di Caio.
Secondo l'art. 37, comma 1, lett. b), C.d.S., spetta al Comune (in questo caso di Milano) l'apposizione e la manutenzione della segnaletica stradale; e secondo il successivo art. 145, comma 5, C.d.S., che disciplina proprio il diritto di precedenza nella circolazione di veicoli, «i conducenti sono tenuti a fermarsi in corrispondenza della striscia di arresto, prima di immettersi nella intersezione, quando sia così stabilito dall'autorità competente ai sensi dell'art. 37 e la prescrizione sia resa nota con apposito segnale».
Nel caso di specie, la segnaletica stradale vi era ed imponeva a Caio di fermarsi in corrispondenza della intersezione con Viale Monza, tanto da portare gli operanti di polizia, intervenuti sul posto a seguito dell'incidente, a contestargli la violazione della norma appena citata, ai sensi dell'art. 145, comma 10, C.d.S.
L'imprudente condotta di guida di Caio, che si è immesso in Viale Monza senza dare la precedenza, si pone certamente come antecedente causale del sinistro successivamente occorso.
Ci si deve chiedere, però, se esso costituisca l'unico antecedente o se possano essere individuate delle concause che abbiano contribuito anch'esse a determinare l'evento e che, se riferibili alla sfera di azione del danneggiato, possano diminuirne il diritto al risarcimento (arg. *ex* art. 1227 e 2056 cod. civ.).
Si ricorda infatti che, sul versante civilistico, l'art. 2054, comma 2, cod. civ. pone una presunzione, secondo cui «nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli». Si tratta però di presunzione semplice e quindi vincibile da prova contraria: «il segnale di "stop" pone a carico dei conducenti di autoveicoli l'obbligo di arrestare sempre e comunque la marcia del proprio mezzo, quand'anche la strada nella quale intendano confluire sia sgombra da veicoli; ne consegue che se il giudice di merito accerti che un sinistro stradale è da ascriversi, sotto il profilo eziologico, esclusivamente al comportamento colpevole del conducente che ha omesso di rispettare il segnale di stop, risulta superata la presunzione di

concorso di colpa di cui all'art. 2054, comma 2, cod. civ., avendo tale presunzione funzione meramente sussidiaria, operante solo se non sia possibile in concreto, accertare le rispettive responsabilità» (Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2011, n. 7439, in *Diritto & Giustizia on line*).
Facendo applicazione di tali insegnamenti al caso di specie, occorre chiedersi se anche la condotta di Tizio possa in qualche modo ritenersi colposa e possa quindi, integrando un concorso di colpa, diminuirne il diritto al risarcimento. Gli indici fattuali riferitimi portano innanzitutto a ritenere che Tizio, procedendo a velocità moderata, abbia usato «la massima prudenza al fine di evitare incidenti» (art. 145, comma 1, C.d.S.), certo non potendosi esigere che egli si arresti ad ogni intersezione (ciò forse eviterebbe incidenti agli incroci ma sarebbe fonte di inaccettabile intralcio e di pericoli per chi circola nella stessa corsia di Tizio). In secondo luogo, il fatto che la vettura di Tizio sia stata attinta nella parte posteriore destra dimostra che egli aveva già impegnato e quasi superato l'intersezione, quando è sopraggiunta la vettura di Caio: il che accredita definitivamente la versione di un danneggiante che, totalmente incurante del segnale di stop, sia sopraggiunto a forte velocità andando a collidere con una incolpevole vettura regolarmente circolante sulla strada con diritto di precedenza.
Ciò posto, pacifico risulta il diritto al risarcimento del danno, cui sono obbligati Caio e l'impresa con cui Caio ha stipulato l'assicurazione per la responsabilità civile per danni derivanti dalla circolazione *ex* art. 122 D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private). Il successivo art. 144 del medesimo decreto concede al danneggiato azione diretta proprio contro l'impresa di assicurazione, precisando al comma 3 che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione è chiamato anche il responsabile del danno». L'azione va proposta previa richiesta stragiudiziale nel rispetto delle forme previste dall'art. 145 del medesimo decreto, mentre il serio infortunio patito da Tizio pare escludere la possibilità del c.d. risarcimento diretto da parte della propria assicurazione, previsto dall'art. 150, comma 1, lett. e) del medesimo decreto e dal D.P.R. 18 luglio 2006, n. 254.
In particolare, le voci di danno, che al momento non risulta ancora possibile quantificare in modo preciso, riguardano sia i costi per la riparazione dell'auto, sia il danno alla persona derivante dalla prognosi di malattia di 60 giorni. Sotto questa voce, evidentemente, andranno conteggiati sia i giorni di inabilità temporanea (60 appunto), sia l'eventuale invalidità permanente, che andrà accertata attraverso una consulenza tecnica *ad hoc*. Resta comunque salva la possibilità di provare ulteriori voci di danno, correlate all'impossibilità di svolgere la normale attività lavorativa. Vi è infine il diritto al risarcimento del danno morale.
Il riferimento a quest'ultima voce di danno merita una precisazione e costituisce spunto per rispondere più compiutamente al quesito, che richiede di illustrare i mezzi di tutela anche penale. La condotta di Caio costituisce, infatti, oltre che infrazione al Codice della strada, anche un reato, segnatamente il delitto di lesioni colpose, previsto e punito dall'art. 590 c.p. Agevole ne è la dimostrazione: quanto alla condotta, trattasi appunto di quella già oggetto d'esame poco sopra, e cioè il mancato arresto allo stop in prossimità della confluenza con Viale Monza; l'evento dannoso è consistito nel danneggiamento della vettura di Tizio e nel suo ferimento; il nesso causale è davvero evidente; infine, l'elemento soggettivo è la colpa, la medesima già attribuibile a Caio in sede civile.
Anche a fini penali vale la pena di chiedersi se sia ravvisabile nella condotta di Tizio un eventuale concorso di colpa. Pur non valendo, infatti, in ambito penale lo schema presuntivo di cui all'art. 2054, comma 2, cod. civ., è noto che il legislatore del codice della strada, nella consapevolezza che la circolazione dei veicoli è attività oggettivamente pericolosa, non si è limitato

a prevedere una serie di cautele specifiche, ma ha imposto a tutti indistintamente gli utenti un generale principio di precauzione, secondo cui, anche in assenza di direttive *ad hoc*, ciascuno si deve comportare in modo da non costituire pericolo od intralcio per gli altri ed in modo da minimizzare i rischi derivanti da prevedibili condotte colpose altrui.
Si afferma pertanto che «in materia di responsabilità da circolazione veicolare, l'utente della strada (nel caso di infortunio subito da terzo) va esente da penale responsabilità solo se provi che la sua condotta fu immune da qualsiasi addebito, sia sotto il profilo della colpa specifica (osservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline), che della colpa generica (negligenza, imprudenza, imperizia), presentandosi in tal caso la condotta medesima quale semplice occasione dell'evento» (Cass. pen., sez. IV, 19.09.2006, n. 34761, in *Cass. pen.*, 2007, 4308).
Il particolare punto di vista che il giurista deve avere quando guarda alla materia della circolazione stradale è ben compendiato da questa recente pronuncia: «l'osservanza delle norme precauzionali scritte fa venir meno la responsabilità colposa solo quando esse siano esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto a quella specifica attività o situazione pericolosa. Può invece residuare una colpa generica quando tali norme siano non esaustive delle regole precauzionali adottabili e, perciò, l'agente debba rispettare anche regole cautelari non scritte. È questo, in particolare, il caso delle norme sulla circolazione stradale, ove il relativo adempimento non esaurisce i doveri del conducente, il quale è comunque vincolato all'obbligo del *neminem laedere*, che caratterizza i casi di affermazione di responsabilità per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, con la conseguenza che, indipendentemente dall'eventuale disciplina legislativa della condotta posta in essere, la violazione di tale principio costituisce pur sempre colpa per imprudenza e determina responsabilità penale in caso di morte o lesioni. Ciò che può verificarsi allorquando l'utente della strada, pur rispettando l'obbligo di regolare la propria condotta in modo che essa non costituisca pericolo per la sicurezza altrui, non si sia anche preoccupato delle prevedibili irregolarità di comportamento degli altri, che possano determinare situazioni di pericolo, omettendo così di adeguarvi la propria condotta» (Cass. pen., sez. IV, 03-03-2009, n. 25919, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 35, 56).
È d'altro canto chiaro che, per evitare forme di automatico concorso di colpa, il principio di precauzione non deve spingersi sino a ritenere l'utente della strada sempre responsabile anche delle imprudenti condotte altrui. Il limite sta, viceversa, nel concetto di prevedibilità: «ai fini della responsabilità per danni cagionati dalla circolazione di veicoli, l'obbligo imposto ai conducenti di attuare misure di precauzione deve ritenersi correlato alla prevedibilità dell'evento da parte di una persona di media avvedutezza, senza potersi estendere anche alla considerazione ed attuazione di condotte di terzi del tutto irrazionali, e al di fuori di ogni logica prevedibilità» (Cass. civ., sez. III, 22-04-1999, n. 3991, Prov. Siena C. Contucci, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 907).
Il sistema civile, in cui vige una presunzione semplice (art. 2054, comma 2, cod. civ.), vincibile da prova contraria, e quello penale, in cui il principio di precauzione rende ciascuno responsabile delle proprie condotte e di quelle altrui solamente ove prevedibili, sembrano pertanto convergere verso una soluzione unica: al consociato che circoli a velocità moderata e, in prossimità di un incrocio, venga improvvisamente attinto, nella parte posteriore del proprio veicolo, da altro veicolo che palesemente non si fermi allo stop, non si può attribuire un concorso di colpa nella causazione dell'evento.
Trattasi ovviamente di una conclusione *rebus sic stantibus*, suscettibile di aggiustamenti ove dovessero mutare le coordinate fattuali riferitemi. Mi permetto però sin d'ora di segnalare

che, anche qualora le risultanze del caso concreto arrivassero ad addebitare a Tizio un modesto concorso di colpa, ciò sul versante civile si tradurrebbe unicamente in una riduzione proporzionale del suo diritto al risarcimento e sul versante penale non escluderebbe affatto la responsabilità di Caio, alla luce del chiaro disposto di cui all'art. 41, comma 1, c.p.
La prognosi di 60 giorni di malattia rende le lesioni colpose ricorrenti nella forma grave, *ex* artt. 583, comma 1, n. 1) e 590, comma 2, c.p., con previsione di una pena compresa tra uno e sei mesi di reclusione e tra 123 e 619 euro di multa. Il fatto che vi sia stata – pacifica – violazione delle norme in materia di circolazione stradale rende poi applicabile l'aggravante di cui all'art. 590, comma 3, c.p., inasprendo ulteriormente la pena: reclusione da tre mesi ad un anno e multa da euro 500 ad euro 2.000.
Il reato in questione è devoluto alla competenza penale del giudice di pace ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a) D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Il dato letterale è confortato dalla stessa giurisprudenza, dopo che un intervento legislativo dell'estate del 2008 aveva consentito di ipotizzare alcuni dubbi: «rientra nella competenza per materia del giudice di pace il delitto di lesioni colpose gravi non riconducibile a violazione di norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro, e nella specie derivanti da incidente stradale» (Cass. pen., sez. I, 13.01.2011, n. 4745, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 817); ed ancora: «spetta al giudice di pace la competenza per il delitto di lesioni colpose derivanti da violazione delle norme relative alla circolazione stradale in tutte le ipotesi perseguibili a querela di parte, con l'eccezione – introdotta dall'art. 3 D.L. 23 maggio 2008, n. 92, conv. nella legge 24 luglio 2008, n. 125 – delle fattispecie di lesioni gravi e gravissime procurate in stato di ebbrezza da alcolici o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti con violazione degli art. 186 e 187 cod. str.» (Cass. pen., sez. I, 21.05.2009, n. 23053, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2010, 247).
La giurisdizione penale del giudice di pace, istituita a decorrere dal 2 gennaio 2002 (art. 65 D. Lgs. n. 274 del 2000), si connota per essere un vero e proprio laboratorio legislativo di sperimentazione di soluzioni innovative per la giustizia penale. Bandita la pena detentiva classica, sostituita dalla pena pecuniaria, dalla permanenza domiciliare e dal lavoro di pubblica utilità (artt. 52 ss. D. Lgs. n. 274 del 2000), che peraltro non possono essere oggetto di sospensione condizionale (art. 60 D. Lgs. n. 274 del 2000), la funzione principale del giudice di pace viene ad essere quella di mediatore del conflitto originato dal reato (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 274 del 2000), con l'obiettivo di giungere ad una sua composizione mediante rimessione di querela (art. 29, comma 4, D. Lgs. n. 274 del 2000).
Ed in effetti, va evidenziato che il reato *de quo* è proprio procedibile a querela, ai sensi dell'art. 590, comma 5, c.p. Ciò significa che se si vuole percorrere la strada del procedimento penale, occorre presentare querela nei confronti di Caio prima che decorrano tre mesi dal giorno della notizia del fatto costituente reato (art. 124, comma 1, c.p.), vale a dire entro il 29 agosto (tra l'altro, la condotta più prudente suggerisce di non applicare al termine la sospensione feriale, decorrente dal 1° agosto al 15 settembre).
Successivamente alla presentazione della querela, si apriranno delle indagini preliminari della ordinaria durata di 4 mesi, affidate alla polizia giudiziaria (art. 11 D.Lgs. n. 274 del 2000), al termine delle quali quest'ultima riferirà al pubblico ministero che, verosimilmente, in un caso chiaro come quello in esame, eserciterà l'azione penale mediante citazione a giudizio (art. 20 D.Lgs. n. 274 del 2000).
Si aprirà finalmente il dibattimento a carico di Caio, in vista del quale sarà possibile la costi-

tuzione di parte civile per insinuare nel processo penale la pretesa civilistica, volta ad ottenere il risarcimento integrale dei danni patiti, nonché la citazione del responsabile civile (l'assicurazione di Caio) agli stessi fini. Va tra l'altro ricordato che, per effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 83 c.p.p., ad opera della sentenza n. 112 del 16 aprile 1998, è divenuto possibile anche per l'imputato citare l'assicuratore della responsabilità obbligatoria da circolazione dei veicoli, senza dover aspettare che a far ciò sia la parte civile.

Un pregio del procedimento penale avanti il giudice di pace, che è importante sottolineare sin da subito, è che non sono applicabili i procedimenti speciali, e segnatamente il patteggiamento: cfr. art. 2, comma 1, lett. g) D. Lgs. n. 274 del 2000. Ciò significa che Caio non potrà stringere un accordo con l'accusa per uscire prematuramente dal processo ed impedire così al danneggiato dal reato di costituirsi parte civile.

La proposizione di querela potrebbe avere il pregio di operare in sinergia con una eventuale trattativa civilistica con il danneggiante e con la sua assicurazione, al fine di spingerli ad una sollecita chiusura della vertenza. Essa sconta però anche un difetto: la fase delle indagini e l'esercizio dell'azione sono evenienze completamente lasciate in mano, rispettivamente, alla polizia ed al P.M., con il rischio che le indagini o la decisione al termine di esse durino più del dovuto in un caso assai semplice come il presente, a causa dei carichi di lavoro che notoriamente gravano sugli uffici giudiziari.

Anche per questa ragione, il sistema di giustizia penale avanti il giudice di pace conosce uno strumento alternativo alla "tradizionale" proposizione di querela: il c.d. ricorso immediato della persona offesa (artt. 21 ss. D. Lgs. n. 274 del 2000), alla cui redazione mi dichiaro sin d'ora disponibile. Entro il medesimo termine visto sopra (tre mesi), la persona offesa, necessariamente assistita da un difensore, può presentare al giudice di pace dibattimentale un ricorso, contenente l'identità della persona citata, il fatto addebitato e una serie di ulteriori requisiti previsti dall'art. 21, comma 2, D. Lgs. n. 274 del 2000. Ove vi sia il parere favorevole del pubblico ministero, il giudice, ove non ravvisi elementi di inammissibilità, emette decreto di convocazione delle parti, con cui si giunge alla celebrazione della prima udienza di comparizione dibattimentale in tempi più brevi e con un indubbiamente maggiore impulso e controllo da parte della persona offesa (che, in questo caso, è anche il danneggiato dal reato).

Va precisato, in questo caso, che la costituzione di parte civile – e la stessa citazione del responsabile civile – debbono essere contenute nel corpo del ricorso (art. 23, D. Lgs. n. 274 del 2000), che vede arricchito il suo contenuto e viene ad assumere una funzione composita.

Un'ultima peculiarità del procedimento penale avanti al giudice di pace, tanto in caso di querela tradizionale quanto in caso di ricorso immediato, deve essere fatta presente. Qualora Caio o, molto più verosimilmente, la sua assicurazione procedessero al risarcimento del danno all'inizio del processo (prima dell'udienza di prima comparizione o nel termine assegnato dal giudice a tale udienza) ed il giudice ritenesse l'attività risarcitoria idonea a soddisfare anche le esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione, potrebbe emettere *ex* art. 35 D.Lgs. n. 274 del 2000 sentenza di estinzione del reato, il che evidentemente paralizzerebbe il processo penale. Anche in questo caso, comunque, la presentazione del ricorso rispetto a una ordinaria querela esplicherebbe verosimilmente dei vantaggi: il ricorso, infatti, comportando la più celere instaurazione del processo, comporterebbe anche, correlativamente, il più celere attivarsi di Caio e della sua assicurazione per corrispondere il risarcimento. Ed in ogni caso, la pronunzia di estinzione del giudice di pace non pregiudicherebbe il diritto del danneggiato ad agire nella

separata sede civile per chiedere il risarcimento della maggior somma non riconosciuta, previa ovviamente rigorosa prova sul punto.
In conclusione, se la volontà, a seguito del sinistro, è quella di perseguire unicamente il risarcimento del danno, la via propria è quella dell'ordinario giudizio civile, cui potrebbe non arrivarsi nemmeno se l'assicuratore di Caio, prendendo atto della chiara responsabilità del suo cliente, dovesse addivenire ad una soddisfacente liquidazione extragiudizale del danno. Qualora, stante la gravità delle lesioni patite o anche sulla base di considerazioni strategiche, si ritenga di percorrere la via penale, sarà possibile sia presentare una ordinaria querela, lasciando che siano gli organi di polizia giudiziaria prima e il pubblico ministero poi a condurre le indagini e a decidere sul rinvio a giudizio, sia presentare un ricorso immediato al giudice di pace, pervenendo con tempi assai più brevi a giudizio.

Traccia per la redazione di ricorso immediato

(Segue da traccia precedente)
Verso la metà di luglio Tizio si reca presso lo studio del proprio legale per conferirgli mandato a agire nei confronti di Caio mediante presentazione di ricorso immediato al giudice di pace. Gli fornisce, in particolare, copia della relazione della Polizia locale, che è nel frattempo riuscito ad ottenere, e dalla quale la dinamica del sinistro, che aveva oralmente ricostruito, esce pienamente confermata.
Si assuma la veste del difensore e si rediga l'atto richiesto.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Diversamente dalla redazione del parere, il cui scopo è fornire al cliente, in una ottica *pro veritate*, la più completa informazione circa le conseguenze scaturenti dai fatti da lui descritti, nonché circa le possibili opzioni processuali a fronte di tali azioni, la redazione di un atto richiede l'assunzione attiva delle ragioni del cliente medesimo nel migliore dei modi possibili. Rispetto a molte tracce, in cui si viene "catapultati" in una fase già avanzata del processo, sovente per presentare impugnazione, la presente traccia, invece, costituisce lo *step* immediatamente successivo del precedente parere: per così dire convinto dall'analisi fatta in sede di consulenza, infatti, Tizio si convince della bontà del mezzo suggerito e si reca presso lo studio del legale per conferire mandato a presentare ricorso immediato contro Caio.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Gli atti processuali penali, a differenza di quelli processuali civili, hanno minori – ma non per questo trascurabili – formalità da osservare.
Nel caso del ricorso immediato, l'art. 24 D.Lgs. n. 274 del 2000, rubricato «inammissibilità del ricorso», elenca i requisiti la cui mancanza genera appunto la sanzione processuale della inammissibilità.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La traccia non suggerisce elementi nuovi od ulteriori rispetto a quelli già contenuti nella traccia di parere. Contiene anzi un importante elemento di conferma: la relazione della Polizia municipale conferma tutti gli elementi fattuali che, sino a quel momento, erano stati oggetto di mera narrazione orale da parte di Tizio.

Si tratta ora di valorizzare i dati a disposizione. La redazione dell'atto impone infatti una prospettiva diversa: talora più sintetica (non occorre certo prendere in esame le possibilità di azione civile), talaltra invece più analitica (tra i requisiti di ammissibilità si ricorda l'esistenza della descrizione del fatto e della indicazione degli elementi di prova).

Individuazione delle fattispecie di rilievo

La fattispecie sostanziale di rilievo, da tenere presente, resta il reato di lesioni colpose gravi, previsto e punito dall'art. 590 c.p.: in particolare, nella forma aggravata di cui al comma 3 della norma.

Opzioni difensive a disposizione. Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Il ricorso deve seguire uno schema ben preciso. Come un atto di citazione in un processo civile, esso assomma in sé sia la funzione di *vocatio in ius* sia quella di *editio actionis*.

L'atto va infatti diretto al giudice di pace competente per territorio (quello di Milano) e contiene una serie di indicazioni preliminari: l'identità del ricorrente e del suo difensore, con relativa nomina, il nominativo delle altre eventuali persone offese (ma che nel caso di specie non ci sono), nonché le generalità di chi viene citato a giudizio.

Un secondo gruppo di requisiti riguarda l'*editio actionis*: occorre descrivere il fatto e le norme di legge che si assumono violate (in altre parole, l'imputazione), nonché indicare le fonti di prova che si portano a sostegno della domanda, tra le quali, in particolare, i documenti.

Infine, il *petitum* dell'atto è chiaro ed è sempre il medesimo: il ricorso si deve chiudere, *ex* art. 21, comma 2, lett. i) D. Lgs. n. 274 del 2000, con la richiesta di fissazione dell'udienza.

Sin qui il contenuto necessario, senza il quale l'atto nascerebbe inammissibile.

Vi è però un altro contenuto, la cui omissione non è prevista a pena di inammissibilità del ricorso, bensì a pena di decadenza (i.e.: o si inserisce nel ricorso o non è più possibile avanzare una tale domanda nella sede penale): trattasi proprio della costituzione di parte civile. A tenore dell'art. 23 D.Lgs. n. 274 del 2000, infatti, detta costituzione «deve avvenire, a pena di decadenza, con la presentazione del ricorso».

L'ultimo importante contenuto di cui occorre parlare è la citazione dell'assicurazione quale responsabile civile. Che la sua citazione sia possibile anche nel processo penale di pace si evince da norme come l'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 274 del 2000, che nominano il responsabile civile come possibile soggetto presente nel processo. Appare quindi coerente con ragioni di speditezza processuale che la citazione possa essere sin da subito incorporata nel ricorso immediato e che su di essa il giudice possa e debba esprimersi solo nel caso in cui accolga il ricorso stesso, emanando il decreto di convocazione delle parti, ed una volta che prenda atto della costituzione di parte civile.

Infine, il ricorso va sottoscritto dalla persona offesa e, anche per autentica, dal difensore, cui deve essere conferita apposita nomina.

Vale la pena di spendere due parole sull'*iter* successivo alla redazione dell'atto: il ricorso, così confezionato, va depositato presso la cancelleria del giudice di pace, previa comunicazione al P.M., il quale è competente ad emettere un parere entro dieci giorni. Il giudice è tenuto a decidere sul ricorso una volta che abbia ricevuto il parere del P.M. oppure una volta che sia decorso il termine senza che il P.M. si sia espresso (artt. 25 e 26 d. lgs. n. 274 del 2000).

Giurisprudenza

La giurisprudenza in materia di ricorso immediato è cospicua. Si riportano solamente alcune importanti e recenti pronunzie:

Cass. pen., sez. V, 24-03-2011, n. 17680, in *C.E.D.,* rv. 250190
Il ricorso immediato (art. 21 d. lgs. n. 274 del 2000) non è compreso tra gli atti dei quali l'art. 431 c.p.p. – richiamato dall'art. 29, comma 7, d.lg. n. 274 del 2000 – prevede l'inserimento nel fascicolo del dibattimento; la sua allegazione al predetto fascicolo trova, pertanto, giustificazione solo per la sua natura di atto di mero impulso processuale o, al più, per una sua assimilabilità alla querela in quanto atto pertinente alla procedibilità del reato, la cui prova costituisce il limitato fine per cui la querela è presente nel fascicolo; pertanto, il contenuto del ricorso immediato non è utilizzabile a fini probatori.

Cass. pen., sez. IV, 06.11.2008, n. 47030, in *Guida dir.,* 2009, fasc. 6, 97
Nel procedimento penale davanti al giudice di pace, nel caso di ricorso immediato al giudice, qualora il p.m., nel termine di cui all'art. 25 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274 abbia espresso parere contrario (o sia rimasto del tutto "inerte" omettendo di presentare le proprie richieste), il giudice di pace può adottare solo i provvedimenti, indicati nel successivo art. 26, diversi dalla convocazione delle parti (art. 27 dello stesso d. lgs.): ciò significa che potrà e dovrà limitarsi a rimettere gli atti al p.m., il quale procederà liberamente nelle forme ordinarie (esercizio dell'azione penale o archiviazione), mentre non gli sarà consentito imporre una "imputazione coatta" analoga a quella fissata dall'art. 409, comma 5, c.p.p., la quale determinerebbe una variante della procedura che è incompatibile con la necessità di rispettare, in ogni caso, le forme speciali del ricorso immediato rispetto a quelle ordinarie (da queste premesse, la Corte, accogliendo il ricorso del Procuratore della Repubblica, ha annullato senza rinvio, ritenendola abnorme, l'ordinanza con la quale il giudice di pace, a fronte del parere contrario espresso dal p.m. sul ricorso immediato, aveva invece ordinato allo stesso di "formulare l'imputazione" ai fini dell'ulteriore corso; la Corte ha conseguentemente disposto trasmettersi gli atti al p.m. "per l'ulteriore corso");

Corte cost., 30.07.2008, n. 321, in *Giur. cost.,* 2008, 3426, con nota di CAIANIELLO
*È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, censurato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., «nella parte in cui non consente al giudice di pace, adito con ricorso della persona offesa, di emettere il decreto di convocazione delle parti quando il pubblico ministero abbia espresso parere contrario alla citazione». La questione risulta sollevata sulla base di un presupposto interpretativo – quello secondo cui, dopo la trasmissione del ricorso, in mancanza della querela, il procedimento non potrebbe avere seguito secondo le vie ordinarie – erroneo, giacché, ai sensi dell'art. 21, comma 5, d.lgs. n. 274 del 2000, la presentazione del ricorso immediato produce gli stessi effetti della querela, per cui la trasmissione degli atti in nessun caso inibisce la prosecuzione del procedimento secondo l'*iter *ordinario. La norma censurata costituisce, dunque, coerente espressione della scelta del legislatore delegato di riconoscere esclusivamente al pubblico ministero la titolarità dell'iniziativa penale, in ordine ai reati di competenza del giudice di pace perseguibili a querela e la portata preclusiva del parere sfavorevole del rappresentante della pubblica accusa deriva quale conseguenza necessitata della configurazione del nuovo istituto del ricorso immediato della persona offesa come atto meramente propositivo, rispetto al quale è rimesso al pubblico ministero di aderire o meno nell'esercizio delle funzioni connesse all'anzidetta prerogativa.*

Cass. pen., sez. un., 26.06.2008, n. 36717, in *Cass. pen.,* 2009, 1989
Non è ricorribile per cassazione il decreto con cui il giudice di pace, ai sensi dell'art. 26, comma 2 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, dichiara inammissibile il ricorso immediato per la citazione a giudizio, presentato dalla

persona offesa ai sensi dell'art. 21 dello stesso d. lgs., poiché tale decreto, per la sua natura interlocutoria, inerente alla mera facoltà di accesso al rito semplificato, non ha contenuto decisorio e non incide in via definitiva su diritti soggettivi delle parti.

Corte cost., 24.04.2008, n. 114, in *Giur. cost.,* 2008, 1387
È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 2 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274, censurato, in riferimento agli artt. 3, 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost., nella parte in cui non prevede che, a seguito di ricorso immediato della persona offesa, "il pubblico ministero, anche quando esprime parere contrario alla citazione, debba formulare l'imputazione". Premesso che nel procedimento introdotto dal ricorso immediato della persona offesa, il pubblico ministero è tenuto a formulare l'imputazione solo in presenza di una richiesta di citazione che egli consideri non inammissibile e non manifestamente infondata, la disciplina censurata costituisce coerente espressione della scelta del legislatore delegato di riconoscere esclusivamente al pubblico ministero la titolarità dell'iniziativa penale in ordine ai reati di competenza del giudice di pace perseguibili a querela, coerente con la configurazione del ricorso immediato della persona offesa come atto meramente propositivo, rispetto al quale è rimesso al pubblico ministero di aderire o meno nell'esercizio delle funzioni connesse all'anzidetta prerogativa, restando comunque, in forza della previsione dell'art. 26 d. lgs. n. 274 del 2000, le iniziative del pubblico ministero normalmente soggette al controllo del giudice competente e non essendo preclusa la possibilità per il giudice di pace di disporre la cosiddetta imputazione coatta ai sensi dell'art. 17, comma 4 d. lgs. n. 274 del 2000, ove il pubblico ministero, all'esito di ulteriori indagini, avanzi richiesta di archiviazione, dovendosi poi escludere che dalla trasmissione degli atti al pubblico ministero derivi una irrazionale compressione del diritto di difesa del ricorrente; né risulta leso il principio della ragionevole durata del processo da una disciplina che deve considerarsi frutto di coerenti scelte normative in ordine alla conformazione dei diversi moduli introduttivi del giudizio innanzi al giudice di pace.

Cass. pen., sez. V, 15.02.2007, n. 15780, in *Cass. pen.,* 2008, 3783
In tema di costituzione di parte civile nel procedimento dinanzi al giudice di pace, la norma di cui all'art. 23 d. lgs. n. 274 del 2000, secondo cui la costituzione deve avvenire, a pena di decadenza, con la presentazione del ricorso , opera nel solo caso in cui il processo sia stato introdotto con tale modalità. Negli altri casi, mancando una specifica disciplina, trova applicazione l'art. 79 c.p.p. il quale consente la costituzione di parte civile fino alla fase introduttiva del dibattimento.

Corte cost., 02.03.2004, n. 83, in *Cass. pen.,* 2004, 2332:
È manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 21, comma 2, lett. e) d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, censurato in riferimento agli art. 3, 24 e 111 Cost., in quanto prevede che il ricorso immediato della persona offesa al giudice di pace deve contenere le generalità della persona citata a giudizio. La questione è infatti sollevata sulla base dell'erroneo presupposto che alla persona offesa sia preclusa la possibilità di prendere conoscenza dei dati identificativi dell'imputato, mentre, a norma dell'art. 12, comma 1, lett. h) l. 31 dicembre 1996 n. 675, tra i casi nei quali non occorre il consenso dell'interessato sono incluse le situazioni in cui il trattamento dei dati personali è necessario ai fini dello svolgimento delle indagini difensive o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, nè è ravvisabile alcuna violazione del diritto di azione e difesa in relazione all'onere di acquisire i dati che consentono la sicura individuazione della persona citata, potendo la persona offesa comunque seguire le vie della ordinaria tutela giurisdizionale davanti al giudice di pace, esercitando la facoltà di presentare querela.

Trib. Varese, 30.06.2008, in *Foro ambrosiano,* 2008, 166,
Non costituisce motivo di nullità ex art. 178, lett. e) c.p.p. del giudizio di primo grado né violazione del principio di imparzialità del giudice l'allegazione, nel ricorso immediato proposto ex art. 21 d. lgs. n. 274 del 2000 dalla persona offesa dal reato, della documentazione fondante il ricorso medesimo, essendo tale diritto espressamente previsto dall'art. 21 d. lgs. n. 274 del 2000. Quand'anche, peraltro, si accedesse all'interpretazione secondo la quale il ricorso deve contenere la mera indicazione dei documenti, la loro ingiustificata allegazione importerebbe, comunque, solo l'espunzione degli stessi dal fascicolo del dibattimento.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Dottrina

– Aprile, *Profili deflattivi del procedimento innanzi al giudice di pace: scelte dell'imputato e della persona offesa*, in *Giur. merito*, 2003, 2107;
– Bocchino, *Il discutibile ruolo del pubblico ministero davanti al giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2005, 1412;
– Caianiello, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, 2003, 149;
– Casati, *Nuovi profili dell'azione penale nel procedimento davanti al giudice di pace*, in *Ind. pen.*, 2006, 407;
– Fidelbo, *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 2004, 271;
– Ruggeri, *Esercizio dell'azione penale, pubblico ministero e persona offesa nella prospettiva del procedimento davanti al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 2002, 655, nonché, volendo, Marcolini, *Il processo penale davanti al giudice di pace*, Giuffrè, 2008;
– Scalfati, *La fisionomia mutevole della persona offesa nel procedimento penale di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1185;
– Varraso, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Giuffrè, 2007.

Svolgimento dell'atto per esteso

Al giudice di pace di Milano
Ricorso immediato
***ex* artt. 21 ss. d. lgs. n. 274 del 2000**

Il sottoscritto Tizio, nato a <.....> il , residente in <.....>, persona offesa e danneggiato dal reato in appresso indicato, rappresentato e difeso dall'avv. <.....> del Foro di <.....>, con studio in <.....>, ove è elettivamente domiciliato, come da nomina e procura speciale in calce al presente atto

Premesso

– che in data 30 maggio 2012, alle ore 21.00, il sig. Tizio percorreva a velocità moderata Viale Monza in Milano alla guida della propria vettura, modello <.....>, targa <.....>, allorquando veniva urtato, nella parte posteriore destra di detta vettura, da altro veicolo, modello <.....>, targa <.....>, alla cui guida vi era il sig. Caio, nato a <.....> il <.....>, residente in <….>, il quale, percorrendo Via <….>, non osservava il segnale di stop posto alla confluenza di detta Via con Viale Monza;
– che gli operanti di Polizia locale, intervenuti sul posto, elevavano per questa ragione contravvenzione al sig. Caio, come si evince dalla relazione sul sinistro allegata (doc. 1);
– che al sinistro assistevano anche due passanti, il sig. Mevio ed il sig. Sempronio, le cui generalità sono parimenti indicate nella relazione (cfr. ancora doc. 1);
– che il sinistro è pertanto da addebitarsi interamente alla responsabilità del sig. Caio;
– che il sig. Caio risulta aver assicurato il veicolo che conduceva presso la società assicuratrice <.....>, che pertanto è responsabile civile in solido per i danni cagionati dal sinistro;
– che, per effetto dell'incidente, l'autovettura del sig. Tizio subiva i danni meglio descritti nella citata relazione (doc. 1), mentre il sig. Tizio subiva la frattura della tibia della gamba destra ed altre importanti contusioni, per le quali è stata formulata prognosi di guarigione in giorni 60 (cfr. la documentazione medica allegata, doc. 2);

– che i fatti di cui sopra integrano, in danno del sig. Tizio, il reato di lesioni personali gravi colpose, di cui all'art. 590, commi 1, 2 e 3 c.p., ascrivibile al sig. Caio;
– che, in particolare, la colpa è consistita nella violazione dell'art. 145, commi 5 e 10 C.d.S., come da contravvenzione elevata dagli operanti di Polizia locale (cfr. ancora doc. 1);
– che non consta l'esistenza di altre persone offese;
– che trattasi di reato attribuito alla competenza del giudice di pace;
– che per tale fatto non è stata presentata querela;
– che il sig. Tizio intende costituirsi parte civile, al fine di richiedere l'integrale risarcimento dei danni, patrimoniali e non, patiti e patiendi per effetto della sopra descritta condotta del sig. Caio, nella misura di Euro 60.000, o nella diversa somma, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa, oltre alle spese di costituzione;

quanto sopra premesso, ai sensi degli artt. 76 e 78 c.p.p., nonché degli artt. 20 ss. d. lgs. n. 274 del 2000

chiede

– che codesto Ill.mo giudice voglia emettere nei confronti del sig. Caio, nato a <….> il <….>, residente in <.....>, decreto di convocazione ex art. 27 d. lgs. n. 274 del 2000 all'udienza che vorrà fissare, per ivi rispondere del seguente reato:
«delitto previsto e punito dall'art. 590, commi 1 e 3 c.p., perché, alla guida della vettura modello <.....>, targa <.....>, con colpa consistita nell'ignorare il segnale di stop posto alla confluenza di Via <.....> con Viale Monza (art. 145 C.d.S.), impegnava l'incrocio tra le due vie senza fermarsi, collidendo con la parte posteriore destra della vettura del sig. Tizio, che percorreva Viale Monza in direzione <….>, così cagionando a Tizio lesioni personali giudicate guaribili in giorni 60. In Milano, 30 maggio 2012, ore 21.»;
– nonché per ivi essere condannato al risarcimento dei danni tutti, patrimoniali e non patrimoniali, patiti e patiendi dal sig. Tizio che, con il presente atto, si costituisce ad ogni effetto parte civile, determinati nella misura di Euro 60.000, o nella diversa somma, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa, oltre alle spese di costituzione.

Si allegano le seguenti fonti di prova documentale:
– relazione della polizia locale (doc. 1);
– documentazione medica (doc. 2).

Si indicano a testi le seguenti persone:
– operanti di polizia autori della relazione sub doc. 1;
– Tizio;
– Mevio e Sempronio, generalizzati nella relazione della polizia locale.

Luogo <.....>, data <.....>

Tizio

avv. …

Richiesta di citazione del responsabile civile
***ex* art. 83 c.p.p.**

Il sottoscritto Tizio, nato a <.....> il <.....>, residente in <.....>, persona offesa e danneggiato dal reato in appresso indicato, rappresentato e difeso dall'avv. <.....> del Foro di <.....>, con studio in <.....>, ove è elettivamente domiciliato, come da nomina e procura speciale in calce al presente atto

premesso

– che la società <.....>, Agenzia di <.....>, sita in <.....>, risulta essere l'assicuratrice della responsabilità civile da circolazione della vettura modello <.....>, targata <.....>, di cui Caio era alla guida al momento del sinistro;
– che la predetta società assicuratrice è stata costituita in mora ai sensi della normativa vigente;
– che è intenzione del sig. Tizio ottenere il risarcimento dei danni di cui sopra e, pregiudizialmente, il pagamento immediato a titolo di provvisionale della somma di Euro 30.000;

quanto sopra premesso

chiede

che codesto Ill.mo giudice voglia, ai sensi dell'art. 83 c.p.p., disporre la citazione del responsabile civile società <.....>, in persona del suo legale rappresentante, con sede in <.....>, invitandola a costituirsi nei modi e termini stabiliti dall'art. 84 c.p.p. e fissare l'udienza per decidere sulla predetta richiesta di provvisionale.

Luogo <.....>*, data* <.....>

Tizio

avv. <.....>

Nomina di difensore e procura speciale

Il sottoscritto Tizio, nato a <.....> il <.....>, residente in <.....> , persona offesa e danneggiato dal reato nel procedimento instaurando a carico di Caio, nato a <.....> il <.....>, residente in <.....>, per il reato di lesioni personali colpose commesse in violazione della normativa del codice della strada, fatto avvenuto il 30 maggio 2012, alle ore 21, in Milano, all'incrocio tra Via <.....> e Viale Monza

nomina

proprio difensore e procuratore speciale ai sensi degli artt. 100 e 122 c.p.p., l'avv. <.....> del Foro di <.....> con studio in <.....>, affinché lo rappresenti e difenda quale ricorrente, nonché quale parte civile per ottenere il risarcimento dei danni tutti, patrimoniali e non, patiti e patiendi per effetto del reato commesso dal sig. Caio, in ogni fase e grado, anche d'appello, opposizione, esecuzione ed opposizione all'esecuzione, per conseguire dall'imputato medesimo, dal responsabile civile e dal civilmente obbligato il risarcimento dei danni tutti, patrimoniali e non, patiti e patiendi, e gli conferisce ogni potere inerente al mandato, compreso quello di svolgere attività di investigazione difensiva, di modificare la domanda risarcitoria a seguito

della diversa qualificazione del fatto, di mutamento dell'imputazione ex artt. 516 ss. c.p.p. o di contestazione autorizzata di fatto nuovo ex art. 518 c.p.p., di estenderla a coloro che siano comunque citati nel giudizio a titolo di coimputati, responsabili civili o civilmente obbligati, di redigere il ricorso immediato, l'atto di costituzione di parte civile, di presentare le conclusioni, nominare e revocare sostituti processuali, anche al fine di notificare o depositare atti, ivi compresi il sopraesteso ricorso, la sopraestesa costituzione, la sopraestesa richiesta di citazione, di transigere, incassare somme e rilasciare quietanze, rinunciare agli atti e/o all'azione, accettare rinunce, impugnare sentenze, ordinanze e decreti, delegare a terzi tutti i poteri inerenti la presente procura speciale, nonché di compiere e ricevere, nell'interesse della parte rappresentata, ogni altro atto del procedimento che dalla legge non sia ad essa espressamente riservato

Elegge domicilio presso lo studio del nominato difensore in <.....>

Luogo <.....>, data <.....>

Tizio

anche per autentica avv. <.....>

La pronuncia in evidenza

Si segnala una importante sentenza della Corte Costituzionale che costituisce il punto fermo nei rapporti tra ricorrente, P.M. e giudice di pace. La portata potenzialmente dirompente del nuovo istituto del ricorso immediato della persona offesa viene, secondo questa giurisprudenza, grandemente attutita dal diritto di veto di fatto attribuito al P.M. Senza il parere favorevole di quest'ultimo, infatti, al giudice di pace è preclusa ogni possibilità di convocazione delle parti a giudizio: segno che l'imputazione è un "affare" ancora saldamente in mano alla pubblica accusa e che nessuna facoltà di accusa privata è data all'offeso dal reato.

Conclusione che se trova la giurisprudenza compatta, suscita giustificate perplessità dottrinali.

Corte Costituzionale, Ordinanza 24 aprile 2008, n. 114
(Massime redazionali)

Processo penale - Procedimento dinanzi al giudice di pace - Ricorso immediato della persona offesa - Obbligo del pubblico ministero di formulare l'imputazione anche nel caso in cui abbia espresso parere contrario alla citazione - Mancata previsione - Denunciata irragionevolezza, nonché violazione del diritto di difesa e del principio di ragionevole durata del processo - Eccezione di inammissibilità per non avere il rimettente utilizzato tutti i poteri interpretativi che gli competono - Reiezione.

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 2, del decreto legislativo 28/8/2000, n. 274, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione, relativamente alla parte in cui la norma censurata non prevede che, a seguito di ricorso immediato della persona offesa, «il pubblico ministero, anche quando esprime parere contrario alla citazione, debba formulare l'imputazione», deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità per omessa sperimentazione, da parte del rimettente, dei poteri interpretativi che gli competono. Infatti, l'assunto su cui si basa l'eccezione della difesa erariale è infondato, avendo il giudice rimettente adeguatamente esplorato le diverse opzioni ermeneutiche offerte dal dato normativo, censurando infine l'interpretazione oramai fatta propria dal giudice di legittimità, secondo la quale al parere contrario del pubblico ministero consegue necessariamente la trasmissione degli atti (1) (2).

Processo penale - Procedimento dinanzi al giudice di pace - Ricorso immediato della persona offesa - Obbligo del pubblico ministero di formulare l'imputazione anche nel caso in cui abbia espresso parere contrario alla citazione - Mancata previsione - Denunciata irragionevolezza, nonché violazione del diritto di difesa e del principio di ragionevole durata del processo - Esclusione - Manifesta infondatezza della questione.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 2, del decreto legislativo 28/8/2000, n. 274, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione, relativamente alla parte in cui non prevede che, a séguito di ricorso immediato della persona offesa, «il pubblico ministero, anche quando esprime parere contrario alla citazione, debba formulare l'imputazione». La norma censurata costituisce coerente espressione della scelta del legislatore delegato di riconoscere esclusivamente al pubblico ministero la titolarità dell'iniziativa penale in ordine ai reati di competenza del giudice di pace perseguibili a querela ed, inoltre, la portata preclusiva del parere sfavorevole del rappresentante della pubblica accusa deriva quale conseguenza necessitata della configurazione del nuovo istituto del ricorso immediato della persona offesa come atto meramente propositivo, rispetto al quale è rimesso al pubblico ministero di aderire o meno nell'esercizio delle funzioni connesse all'anzidetta prerogativa, mentre la previsione dell'art. 26 del D.Lgs. n. 274 del 2000, che consente al giudice di trasmettere gli atti al pubblico ministero anche se questi abbia formulato l'imputazione, lungi dal dimostrare l'esistenza di un'aporia nell'impianto delineato dal decreto delegato, costituisce attuazione del principio per cui, nel sistema processuale penale, le iniziative del pubblico ministero devono ritenersi normalmente soggette al controllo del giudice competente e non preclude la possibilità per il giudice di pace di disporre la cosiddetta imputazione coatta ai sensi dell'art. 17 comma 4, del D.Lgs. n. 274 del 2000, ove il pubblico ministero, all'esito di ulteriori indagini, avanzi richiesta di archiviazione, dovendosi poi escludere che dalla trasmissione degli atti al pubblico ministero derivi una irrazionale compressione del diritto di difesa del ricorrente; né risulta leso il principio della ragionevole durata del processo non risulta leso da una disciplina che deve considerarsi frutto di coerenti scelte normative in ordine alla conformazione dei diversi moduli introduttivi del giudizio innanzi al giudice di pace. - Sulla verifica da parte del pubblico ministero del ricorso presentato dalla parte offesa, v., citata, ordinanza n. 381/2005. - Sulla possibilità per il giudice di pace di disporre l'imputazione coatta, v., citate, ordinanze n. 43/2007, n. 381 e n. 361/2005. - Sulle peculiarità della giurisdizione del giudice di pace, v., citata, ordinanza n. 28/2007. - Sul principio della ragionevole durata del processo, v., citate, ordinanze n. 67/2007, n. 225/2003.

---

(1) Per il testo integrale dell'ordinanza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)
(2) Pubblicazione: Corte Costituzionale, Sito Ufficiale C.Cost., 2008

13. Stalking

(di Alessia Sorgato)

Traccia per la redazione del parere

La madre di Caio, di anni 12, scopre attraverso la scuola frequentata dalla figlia, e segnatamente da una insegnante alla quale l'ha segnalato un'amichetta con cui la giovanissima si è confidata, che la propria figlia intrattiene da almeno tre, quattro mesi un assiduo scambio di messaggi con un uomo ultratrentenne.
Messa alle strette la figlia, la ragazzina riferisce di aver fatto conoscenza dell'uomo tramite Facebook (ove entrambi sono iscritti e hanno alterato la propria età nei relativi profili), e di aver ricevuto da costui svariati messaggi, sia tramite sms (short messages system) sia mediante Msn (instant messaging), sia ancora per e-mail e chat sul noto social network. Sostiene altresì di averne attualmente paura, stante il sospetto – molto concreto dopo averlo probabilmente scorto almeno due volte – che costui si apposti davanti a scuola, la segua fino a casa e conosca le sue abitudini ed i suoi spostamenti quotidiani.
La madre sporge querela per il delitto di atti persecutori.
Assunta la difesa dell'indagato Tizio, il legale gli rappresenti lo stato dell'arte in materia di molestie, stalking e fattispecie affini, con particolare riguardo per le fattispecie commesse tramite internet.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La traccia offre occasione per fare il punto sugli approdi più recenti in materia di atti persecutori, delitto di nuovo conio, introdotto nel codice penale solo nel 2009 e, fin dall'inizio, materia di ampio dibattito dottrinale ed interessanti interpretazioni da parte dei giudici di merito e di legittimità.
Nel caso in esame, la vittima è molto giovane, ma è dotata di mezzi telematici abbastanza sofisticati da consentirle di intrattenere conversazioni tramite telefono cellulare e di avviare contatti per iscritto, sia per messaggi telefonici sia attraverso varie forme su internet, dalle *chat* su Facebook alla messaggistica istantanea nota come Messenger.
Una volta scoperta, la ragazzina assume di intrattenere rapporti virtuali con un uomo (di cui almeno inizialmente ha appreso un'età diversa da quella reale), e rivela alla madre di coltivare il sospetto che questi si stia spingendo oltre e, almeno un paio di volte, l'abbia attesa appostato davanti alla scuola e l'abbia seguita.
Ai profili di merito in ordine alla corretta qualificazione giuridica della fattispecie, si aggiunge nel caso offerto dal quesito un ulteriore spunto, in materia di misure cautelari reali – posto che

all'indagato vengono sequestrati i beni asseritamente utilizzati per commettere il reato – e di misure di sicurezza personali, laddove si spiega che l'iniziale divieto di allontanamento si trasforma in ospedale psichiatrico giudiziario, una volta acclarata la sua pericolosità sociale.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 612-*bis* c.p. Atti persecutori
Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero a costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

Art. 660 c.p. Molestie o disturbo delle persone
Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a € 516.

Art. 282-*ter* c.p.p. Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa
Con il provvedimento che dispone il divieto di avvicinamento il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa.
Qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati da prossimi congiunti della persona offesa o da persone con questa conviventi o comunque legate da relazione affettiva ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o da tali persone.
Il giudice può, inoltre, vietare all'imputato di comunicare, attraverso qualsiasi mezzo, con le persone di cui ai commi 1 e 2.
Quando la frequentazione dei luoghi di cui ai commi 1 e 2 sia necessaria per motivi di lavoro ovvero per esigenze abitative, il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni.

Art. 199 c.p. Sottoposizione a misure di sicurezza: disposizione espressa di legge
Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti.

Art. 200 c.p. Applicabilità delle misure di sicurezza rispetto al tempo, al territorio e alle persone
Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.
Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione.
omissis

Art. 202 c.p. Applicabilità delle misure di sicurezza
Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato.
La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato.

Art. 206 c.p. Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza
Durante l'istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio o in un ospedale psichiatrico giudiziario, o in una casa di cura e di custodia.
Il giudice revoca l'ordine, quando ritenga che tali persone non siano più socialmente pericolose.
Il tempo dell'esecuzione provvisoria della misura di sicurezza è computato nella durata minima di essa.

Art. 219 c.p. Assegnazione a una casa di cura e di custodia
Il condannato, per delitto non colposo, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica o di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per ragione di sordomutismo *(1)*, è ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore a un anno, quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione *(2)*.
Se per il delitto commesso è stabilita dalla legge [la pena di morte o] *(3)* la pena dell'ergastolo, ovvero la reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, la misura di sicurezza è ordinata per un tempo non inferiore a tre anni *(4)*.
Se si tratta di un altro reato, per il quale la legge stabilisce la pena detentiva, e risulta che il condannato è persona socialmente pericolosa, il ricovero in una casa di cura e di custodia è ordinato per un tempo non inferiore a sei mesi; tuttavia il giudice può sostituire alla misura del ricovero quella della libertà vigilata. Tale sostituzione non ha luogo, qualora si tratti di condannati a pena diminuita per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti *(5)*.
Quando deve essere ordinato il ricovero in una casa di cura e di custodia non si applica altra misura di sicurezza detentiva.
(1) L'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 95 ha disposto che in tutte le disposizioni legislative vigenti il termine «sordomuto» sia sostituito con l'espressione «sordo».
(2) La Corte cost., con sentenza 15 luglio 1983, n. 249, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma «nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima, al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza».
(3) Per il riferimento alla pena di morte, v. sub art. 9.
(4) La Corte cost., con sentenza 15 luglio 1983, n. 249, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma «nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica per un delitto per il quale è stabilita dalla legge la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima, al tempo della applicazione della misura di sicurezza».
(5) La Corte cost., con sentenza 13 dicembre 1988, n. 1102, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma «nella parte in cui, per i casi ivi previsti, subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia al previo accertamento della pericolosità sociale, derivante dalla seminfermità di mente, soltanto nel momento in cui la misura di sicurezza viene disposta e non anche nel momento della sua esecuzione».

Art. 222 c.p. Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario *(1) (2)*
Nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo *(3)*, è sempre ordinato il ricovero dell'imputato in un ospedale psichiatrico giudiziario per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'Autorità di pubblica sicurezza *(4) (5)*.
La durata minima del ricovero nell'ospedale psichiatrico giudiziario è di dieci anni, se per il fatto commesso la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo, ovvero di cinque, se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni.
Nel caso in cui la persona ricoverata in un ospedale psichiatrico giudiziario debba scontare una pena restrittiva della libertà personale, l'esecuzione di questa è differita fino a che perduri il ricovero nell'ospedale psichiatrico.
Le disposizioni di questo articolo si applicano anche ai minori degli anni quattordici o maggiori dei quattordici e minori dei diciotto, prosciolti per ragione di età, quando abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, trovandosi in alcuna delle condizioni indicate nella prima parte dell'articolo stesso.
(1) La Corte cost., con sentenza 18 luglio 2003, n. 253, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».
(2) Nel testo originario della rubrica e in quello dei primi tre commi si parlava di ricovero in un «manicomio giudiziario».
(3) L'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 95 ha disposto che in tutte le disposizioni legislative vigenti il termine «sordomuto» sia sostituito con l'espressione «sordo».

(4) La Corte cost., con sentenza 27 luglio 1982, n. 139, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma «nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura».
(5) La Corte cost., con sentenza 24 luglio 1998, n. 324 ha dichiarato, con riferimento al presente articolo: a) l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 nella parte in cui prevedono l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario; b) l'illegittimità costituzionale del comma 4.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Le questioni da approfondire nella redazione del parere sono essenzialmente tre: è configurabile il delitto di atti persecutori nel comportamento di Tizio, o invero la sua condotta ha integrato al più la più mite contravvenzione della molestia *ex* art. 660 c.p.? È legittimo che sia il telefono cellulare sia il computer siano stati sottoposti a sequestro, o nel disporre la misura cautelare reale il Giudice avrebbe dovuto operare un distinguo più tecnico? Infine, come si atteggia la materia delle misure cautelari personali in materia di *stalking* e fattispecie limitrofe?

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La traccia offre molti spunti di fatto, (almeno) due dei quali sono cruciali per la soluzione del quesito proposto. Il primo è la giovanissima età della interlocutrice, sulla quale lei stessa – però – ha mentito quando ha compilato il proprio profilo sul noto social network, denominato *facebook*, ove ha "incontrato" l'indagato.
Il secondo è un elemento con il segno meno davanti: non si allude, nella traccia, ad alcun turbamento registrato nella ragazzina in precedenza, la quale, al contrario, solo una volta scoperta dalla madre rivelerà quanto accaduto ed in particolare il dettaglio del "sospetto" che l'uomo stia cercando di approcciarla personalmente, e non si limiti più ad intrattenere contatti virtuali.

Individuazione della fattispecie di rilievo

Nei casi di avvicinamento, virtuale o personale, non gradito alla destinataria di attenzioni anche non necessariamente minacciose o violente, ma avvertite come moleste e fastidiose, l'interprete deve procedere con notevole attenzione al fine di non confondere tra le varie ipotesi accusatorie ascrivibili. È infatti noto come, dal 2009 – anno di sua introduzione nel sistema del codice penale – il delitto di atti persecutori, meglio noto come *stalking*, riempia spesso le pagine di cronaca ed induca altrettanto di frequente la magistratura a confrontarsi sulla sua esatta portata, al fine di non frustrare il principio di tipicità, che verrebbe violato in caso di illegittime estensioni analogiche in *malam partem*.
Il codice penale, infatti, continua ad annoverare diverse figure criminose, che l'inserimento dell'art. 612-*bis* c.p. ha tutt'altro che abolito o posto in desuetudine, ivi *in primis* l'art. 660 c.p. a proposito di molestie telefoniche, su cui pure la fattispecie degli atti persecutori si è ritagliata.

Opzioni difensive a disposizione

Il difensore di Tizio ha buon gioco a contestare la sussistenza del reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., attesa l'assoluta mancanza di indizi circa l'evento del reato, che ne costituisce parte integrante e che, qualora non provato, derubrica la fattispecie alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. la quale, a sua volta, preclude l'applicazione di misure cautelari.

Anche in materia di sequestro il legale può lavorare sul concetto di "cose servite a commettere il reato", e ciò sulla scorta di una copiosa e multiforme giurisprudenza, che si sta formando in materia di mezzi di comunicazione di nuova generazione.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Giurisprudenza

Cass. pen., sez. VI, 22.03.2012, n. 11176
Lo stalker che perseguita la ex moglie, provocandole permanenti stati d'ansia e quotidiani turbamenti d'animo, non ha diritto alla sospensione condizionale della pena, trattandosi di reato con esplicazione della condotta a livello di sistematicità in pregiudizio della vittima, cui si è determinato uno stato psico-fisico di pregiudiziale portata proprio per la detta sistematicità, da cui discende l'immeritevolezza delle attenuanti generiche e dei benefici di legge.

Corte appello Napoli, sez. III pen., 3.11.2011, n. 5122, in *Guida dir.* 2012, 13, 7
Il sistema di messaggeria istantanea, o Msn, che permette l'invio di messaggi immediati tra persone o gruppi, permette di conversare in modo istantaneo usando la tastiera, microfoni e web cam per parlarsi e vedersi a distanza, ergo può essere ritenuto un sistema di comunicazione sostitutivo del telefono, del tutto diverso da quello di posta elettronica, nel senso che pur utilizzando un server, le conversazioni avvengono in chat e in real time, ossia in modo istantaneo e senza attivazione di ulteriori condotte da parte del destinatario. Ne consegue che la forma di comunicazione scritta, pur non vocale, trasmessa mediante Msn può integrare, in presenza degli altri presupposti di cui all'art. 660 c.p., il reato di molestia.

Cass. pen., sez. VI, 30.09.2010, n. 41677
Il giudice che ritenga di applicare una misura di sicurezza personale ha l'obbligo di motivare in ordine alla accertata attuale pericolosità sociale dell'imputato, mentre non è richiesta alcuna esplicita motivazione nel caso in cui detta pericolosità sia ritenuta insussistente.

Cass. pen., sez. V, 17.06.2010 n. 24510, in *Diritto e Giustizia* 2010, quotidiano del 7 agosto
In applicazione del principio di tipicità della legge penale incriminatrice e del divieto di interpretazione analogica della legge penale, con riferimento alla contravvenzione di molestia e disturbo alle persone, perpetrata col mezzo del telefono, non rientra nella cornice edittale dell'art. 660 c.p. il caso in cui il disturbo alla persona sia stato cagionato attraverso l'invio ripetuto di e-mail, e ciò in quanto la molestia, al di fuori del caso in cui avvenga in luogo pubblico, deve avvenire esclusivamente con l'uso del telefono.

Corte Assise Milano, 09.12.2004, G.C. in *Corriere del merito 2005*, 335
In tema di infermità psichica, l'errore sul fatto determinato da un difetto di rappresentazione direttamente riconducibile al vizio di mente è irrilevante ai fini della sussistenza del dolo; qualora l'infermo abbia agito per motivi abietti o futuri, tale circostanza non comporta l'applicazione dell'aggravante ex art. 61 n. 1 c.p. se è espressione della patologia psichica (nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha accertato la presenza del dolo nonostante l'errore sui presupposti di fatto della legittima difesa determinato da un disturbo paranoideo della personalità).

Cass. pen., sez. I, 2.06.1999, n. 13741, B
Le disposizioni che concernono le misure di sicurezza impongono sempre di accertare la persistenza della pericolosità sociale del soggetto riferita al momento dell'applicazione della misura, oltre che quello della sua esecuzione. (Fattispecie di annullamento con rinvio dell'applicazione della casa di cura e custodia disposta ex art. 219 comma 1 c.p., non risultando eseguito il detto accertamento).

Cass. pen., sez. V, 23.12.1993, B, in *Mass. pen. cass.* 1994, fasc. 6, 81
Il dettato dell'art. 164 comma 3 c.p., secondo cui la sospensione condizionale della pena rende inapplicabili le misure di sicurezza, tranne che si tratti della confisca, deve intendersi limitato, oltre che alle misure di sicurezza patrimoniali diverse dalla confisca, alle misure personali, la cui applicazione sia consentita discrezionalmente. Conseguentemente, non può farsi luogo alla concessione del beneficio suddetto in presenza della previsione normativa di cui all'art. 219 comma 3 c.p. (assegnazione ad una casa di cura e di custodia), dal momento che la possibilità di sostituire in taluni casi alla misura del ricovero quella della libertà vigilata non fa venir meno l'obbligatorietà – che sorge nel momento in cui risulti che l'imputato è persona socialmente pericolosa – dell'applicazione di quest'ultima specie di misura.

Corte d'Appello Palermo, sez. I, 26.09.2011, n. 3018, in *Guida dir., 2012, 14, 93*
Il reato di molestia e disturbo alle persone non ha natura necessariamente abituale, non presuppone cioè una continuità ripetuta nel tempo, potendo essere realizzato anche con una sola azione che rivesta i connotati previsti dall'art. 660 del codice penale.

Corte d'Assise Milano, 09.12.2004, G.C. in *Corriere del merito 2005*, 335
Il proscioglimento per vizio totale di mente dell'imputato socialmente pericoloso non impone l'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, bensì prescrive di scegliere la misura più adeguata alle esigenze di prevenzione e alle finalità terapeutiche, purché espressamente prevista dalla legge.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Dottrina

– Agnino, «Il delitto di atti persecutori e lo stato dell'arte giurisprudenziale e dottrinale», in *Giur. merito* 2011, 02, 0584;
– Ceccarelli, «La molestia reiterata nel reato di "stalking" dev'essere idonea a costruire un rapporto percepito dalla vittima come patologico», in *Diritto e Giustizia* 2010, 00, 0223;
– Galuppi-Macario, «Lo stalking», in *Dir. famiglia* 2010, 02, 0865;
– Macrì, «Stalking, perdurante e grave stato di ansia e di paura e sindrome del molestatore assillante», in *Resp. Civ. e prev.* 2010, 09, 1779;
– Morano Cinque, «Stalking: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle categorie civilistiche», in *Resp. Civ. e prev.* 2010, 12, 2517B;
– Natalini, «Stalking: bastano due episodi di minaccia o di molestia per configurare il reato», in *Diritto e Giustizia* 2010, 00, 0338;
– Resta, «Se lo stalker è l'ex coniuge (solo di fatto)», in *Giur. merito* 2010, 05, 1376;
– Sorgato, *Stalking*, Giappichelli, 2010, Torino.

Conclusioni

Sotto il profilo sostanziale, la sussistenza degli estremi del reato di atti persecutori può essere validamente contestata, con evidenti precipitati in materia cautelare, sia reale che personale.
La pericolosità sociale, poi scoperta a seguito di approfondimento peritale delle condizioni psicologiche del reo, non deve suggestionare al momento della soluzione dei quesiti di merito, tenuto conto che – come noto – le misure di sicurezza possono essere applicate in via provvisoria, e quindi revocate, secondo le norme del codice di rito.

Svolgimento del parere per esteso

Per mezzo dell'art. 7 del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori" (in G.U. del 24 febbraio 2009 n. 45), convertito in legge con modificazioni dalla L. 23 aprile 2009, n. 38 (in G.U. 24 aprile 2009, n. 95), è stato modificato il codice penale vigente, aggiungendovi nella sezione del codice penale dedicata ai delitti contro la libertà morale l'art. 612-*bis*.
Con a rubrica "Atti persecutori" si punisce: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a quattro anni, *chiunque*, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero a costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».
Questa formulazione definitiva differisce dalle proposte succedutesi nel tempo perché il legislatore ha optato per un inquadramento orientato sullo schema di due reati già esistenti – minacce e molestie – quindi per l'elencazione specifica degli eventi, che costituiscono parte integrante dell'elemento oggettivo e soggettivo del delitto.
La fattispecie pertanto configura un reato di danno e di evento, la cui sussistenza dipende non dalla mera realizzazione (ancorché reiterata) di atti di minaccia o molestia, ma dal verificarsi, in capo alla vittima, delle conseguenze elencate dalla norma.
Il fenomeno – come poche altre figure delittuose – abbraccia condotte eterogenee, manifestazioni multiformi, veicolate da una medesimezza di disegno, nell'intenzione dell'agente, molto specifica: il controllo della vittima, il predominio sulla stessa fino al suo annientamento come soggetto autonomo e pensante.
Il legislatore ha preferito quindi identificare la condotta punibile richiamando lo schema delle figure tralatizie di cui agli artt. 612 e 660 c.p., che ha poi specificato ulteriormente richiedendone anzitutto la reiterazione: la struttura del reato di atti persecutori è infatti disegnata sul modello del reato necessariamente abituale, caratterizzato da una serie di atti commissivi, connotato dalla necessità che in capo alla vittima si producano una o più conseguenze esemplificamente accennate dalla norma: reato abituale di evento, quindi (Tribunale di Bologna, 8 maggio 2009, in S. Farini, *Le modifiche al codice penale*. In *Lo stalking* a cura di Tovani e Trinci, «Il reato di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e le altre modifiche introdotte dalla legge 23 febbraio 2009, n. 11», Dike Giuridica Editrice, 2009, pag. 47, nota 108).
Da questa connotazione discende che i contatti, di cui la vittima sia stata oggetto, devono costituire quanto meno una intromissione continua ed inopportuna nella sua sfera di libertà, devono almeno identificarsi inizialmente nel concetto di petulanza, già proprio della contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. quindi, per assurgere ad atti persecutori, devono ulteriormente connotarsi per il contenuto intimidatorio o molesto.
Per mutuare un concetto già proprio di altro delitto, abituale a sua volta, devono essere atti plurimi cementati da una volontà unitaria e persistente di sottoporre il soggetto passivo ad ingiuste sofferenze (ricostruzione in tema di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., ove detti comportamenti siano atti a rendere abitualmente doloroso il rapporto relazionale (vedi Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 6490, in *Strum. Dir. e proc. Pen.* 2009, 5, pag. 63, con nota di Gullì).

Ma anche rispetto al reato appena ricordato, quello di atti persecutori è un modello che evoca la figura del cd. reato "abituale"; tuttavia, a differenza delle riconosciute figure di reato abituale, è caratterizzato dalla necessità che le "condotte reiterate" producano determinati eventi.
Infatti il costringimento all'alterazione delle abitudini di vita sembra caratterizzare la nuova fattispecie come una sorta di ipotesi speciale di violenza privata.
Ma non è dubbio che gli altri eventi considerati dalla norma incriminatrice siano connessi alla tutela di beni giuridici ulteriori rispetto alla libertà di autodeterminazione dell'individuo.
Così ad esempio la causazione di un grave e perdurante stato d'ansia o di paura, una volta ammesso che lo stesso debba essere inteso come un vero e proprio stato patologico, è lesione che attiene alla sfera della salute e, dunque, in tal senso l'interesse tutelato sembra potersi identificare con l'incolumità individuale.
Più in generale deve riconoscersi che l'incriminazione in commento cerca di tutelare nel suo complesso una fascia composita di interessi individuali, non necessariamente omogenei.
Quello di atti persecutori sembra dunque essere un reato (eventualmente) plurioffensivo, come dimostrato dall'alternatività tra gli eventi previsti dalla norma, che possono spaziare dai disagi psichici al timore per la propria incolumità (o per quella di un prossimo congiunto, o di una persona legata alla vittima da relazione affettiva), all'alterazione necessitata delle abitudini di vita, senza necessariamente dover comportare, ma al limite verificandosi assieme a lesioni, maltrattamenti, danneggiamenti e così via, nella cui ipotesi si profilerà un concorso di norme ovvero di reati, a seconda che i fatti di *stalking* possano o meno ritenersi assorbiti – operando la clausola di sussidiarietà "salvo il fatto costituisca più grave reato" (Trib. Crema, 18.12.2009, n. 766).
Le sentenze accumulatesi in questi anni confermano la natura del delitto di atti persecutori non come reato di pericolo concreto, ma come reato di danno, ove la responsabilità penale dell'imputato è affermata previo accertamento non tanto della mera idoneità della condotta a determinare nella vittima stati di ansia, paura o un'alterazione coatta delle proprie abitudini, ma dall'effettiva determinazione di uno di questi eventi, segnalata dalla presenza della locuzione verbale "cagionare", espressiva del nesso eziologico tra condotta ed evento, non meramente potenziale, ma effettivo (Trib. Lucera, 30.06.2009 in *Giur. merito* 2010, 05, 1376).
Nel caso di cui ci si occupa non pare possa dirsi integrato l'elemento dell'evento.
Alla prima fase di contatti virtuali, infatti, la giovane ha preso parte attiva, rendendosi protagonista (quanto l'indagato) di una menzogna circa alla propria età e di seguito continuando a scrivere o a rispondere a Tizio senza palesare mai alcun timore, neppure quando messa al corrente della notevole differenza anagrafica. Soltanto una volta scoperta dalla madre, attraverso il ricorrente schema della doppia confidenza protagonista-amichetta-insegnante-genitore, la giovane ha sostenuto di avere il sospetto di aver scorto l'indagato davanti alla scuola e ciò almeno un paio di volte.
È vero che la Cassazione ha affermato come bastino due episodi di minaccia o molestia per configurare il reato (Cass. pen., sez. V, 02.03.2010, n. 25527, in *Diritto e Giustizia* 2010, 00, 0338), ma – al di là del fatto che un sospetto non può assurgere ad indizio in mancanza di elementi che lo suffraghino (quale una identificazione, anche fotografica, o l'allaccio da parte del telefono cellulare dell'indagato alla cella della zona della scuola) – resta invariato il criterio per cui detti episodi abbiano causato nella persona offesa "un perdurante e grave stato di ansia o paura", o "un fondato timore per la propria incolumità" o ancora l'abbiano costretta ad alterare le proprie abitudini di vita, il che non consta nel caso di specie.

È vero altresì che dottrina e giurisprudenza hanno creato fin da subito la figura del c.d. *cyberstalking*, che ricorre ove i comportamenti persecutori si svolgano (anche) tramite contatti telefonici, *email, chat-lines, sms* e così via, ma pure in questo caso devono presentarsi come comportamenti consapevoli, intenzionali, reiterati, insistenti, duraturi e soprattutto avvertiti dalla parte lesa come molesti o minacciosi, il che nuovamente non consta, atteso che le conversazioni tra i due si sono snodate per almeno tre-quattro mesi ed il tenore dei messaggi non denota fastidio né coartazione di qualsiasi specie da parte della giovane.
Il caso in esame, quindi, appare molto diverso da quello, ad esempio, deciso da Cass. pen., sez. V, con sentenza 12.01.2010 n. 11945 (in *Diritto e Giustizia 2010*, 00, 0223) ove, al pari, una ragazzina, in attesa quotidiana dell'autobus in direzione della scuola, veniva avvicinata da un uomo per più giorni, il quale le rivolgeva apprezzamenti di vario tipo, la invitava a salire sul suo furgone e si era spinto sino al punto di recarsi a scuola e, rimanendo dinanzi all'istituto, rivolgerle sguardi minacciosi.
In quella vicenda la giovane, fortemente spaventata, aveva immediatamente riferito l'accaduto ai genitori, chiedendo loro il permesso di non recarsi più a scuola, tale era il turbamento ed il timore per la propria incolumità fisica.
In conclusione, mancando un qualsiasi elemento per sostenere l'esistenza, nella vicenda all'esame, dell'elemento costitutivo del danno, la fattispecie potrà al più essere sussunta nell'alveo della molestia di cui all'art. 660 c.p., con notevoli precipitati soprattutto in tema di libertà personale.

Traccia per la redazione di atto di appello

(segue da traccia precedente)
L'uomo viene identificato attraverso gli ID del sistema telematico e il numero di utenza cellulare che ha utilizzato nei suoi contatti con la ragazzina.
*Su richiesta del PM, viene quindi inizialmente colpito da ordinanza cautelare ex art. 283-*ter *c.p.p. e da decreto di sequestro del telefonino. In sede di esecuzione della misura, gli operanti decidono di asportare altresì il computer utilizzato per mantenere i contatti di posta elettronica, email e Msn, oltre che la chat su facebook.*
Sottoposto successivamente l'indagato a perizia, a seguito di un tentativo di suicidio, ne viene decretata la pericolosità sociale e la misura si trasforma da cautelare ad applicazione provvisoria della misura di sicurezza.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Nell'introdurre il delitto di atti persecutori il legislatore ha operato altresì la scelta, dettata da evidenti finalità special-preventive e di tutela in fase endo-processuale della vittima, di aggiungere, all'interno della categoria delle misure cautelari coercitive, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.), modellato su di un paradigma già inaugurato dalla legge n. 154 del 2001.

La misura, al pari di ogni altra limitazione alla libertà individuale di spostamento, soggiace a precisi criteri di applicabilità, da verificare nel caso di specie.
La traccia offre un secondo spunto di diritto processuale, richiedendo al legale incaricato un ulteriore approfondimento in tema di misure di sicurezza.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Gli argomenti da affrontare nell'esposizione sono dunque almeno due, da affrontare alternativamente. In altre parole, qualora si scelga, quale momento in cui perviene l'incarico fiduciario da parte di Tizio, l'indomani dell'esecuzione dell'ordinanza che impone il divieto di avvicinamento e del decreto di sequestro degli oggetti asseritamente utilizzati per commettere il reato, il legale deve predisporre richiesta di riesame *ex* artt. 309 e 324 c.p.p.
Qualora invece venga nominato quando già la misura cautelare si è trasformata in applicazione provvisoria di misura di sicurezza, potrà nuovamente adire il giudice della libertà *ex* art. 309, oppure ricorrere direttamente alla Cassazione *ex* art. 311 c.p.p.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Alcuni degli aspetti della vicenda, utili per redigere l'atto richiesto, sono già stati affrontati nel corso della redazione del parere. Gli spunti offerti dal quesito portano ad escludere che, almeno durante la fase dei contatti virtuali, la giovane interlocutrice abbia avvertito fastidio, o peggio, paura nei confronti dell'indagato e quanto poi alla circostanza che questi, più recentemente, si sia spinto a pedinarla, a suffragare questa ipotesi sussiste solo il "sospetto" della ragazzina, da esaminare con attenzione per verificare se possa – da solo – sostenere una misura cautelare.

Individuazione della fattispecie di rilievo

La norma oggetto dell'approfondimento richiesto al candidato si identifica nell'art. 282-*ter* c.p.p., che alla rubrica "Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa" disciplina una misura cautelare di nuovo conio, inserita dall'art. 9, comma 1, lett. a), del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009, n. 38.
Questa misura è molto simile per contenuti prescrittivi sia a quella già prevista dall'art. 282-*bis* c.p.p. (allontanamento dalla casa famigliare) sia a quella disciplinata dall'art. 283 c.p.p. (divieto ed obbligo di dimora), delle quali richiama per alcuni aspetti il contenuto dei divieti potenzialmente applicabili al condannato.
Il legale, esaminate le norme dedicate alla materia, e la loro elaborazione giurisprudenziale, dovrà quindi verificare se sussistano nel caso sottopostogli i presupposti di applicazione sia del divieto in oggetto, sia del sequestro del telefonino e del pc per poi, alternativamente, procedere analogamente in materia di misura di sicurezza e sua applicazione provvisoria.

Opzioni difensive a disposizione

Per coerenza con l'impostazione fornita al parere, anche nella redazione dell'atto bisognerà anzitutto contestare l'esistenza dei gravi indizi di commissione del delitto di atti persecutori, per poi eventualmente eccepire carenze motivazionali circa le esigenze cautelari o, ancora, la genericità del provvedimento coercitivo.

Sul fronte invece della misura cautelare reale, la giurisprudenza ha operato un distinguo importante tra mezzi telematici e apparati telefonici, ma la distinzione opera – almeno per il momento – solo in tema di molestie *ex* art. 660 c.p., di tal che questa doglianza discenderà a sua volta dalla confutazione sulla sussistenza del delitto di *stalking*.

Schema dell'atto

1. Premessa

Nell'introdurre il delitto di atti persecutori il legislatore ha operato la scelta, dettata da evidenti finalità special-preventive e di tutela in fase endo-processuale della vittima, di aggiungere, all'interno della categoria delle misure cautelari coercitive, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.), modellato su di un paradigma già inaugurato dalla legge n. 154 del 2001.
Tenuto conto che il divieto di obbligo e dimora figura nel codice di procedura penale fin dalla sua originaria approvazione, con l'introduzione della disciplina di cui alla legge n. 154 può concludersi che nel sistema italiano esiste una sorta di doppio binario: da un lato l'ordine di allontanamento in sede penale, di cui all'art. 282-*bis* c.p.p., dall'altro l'ordine di protezione in sede civile, di cui all'art. 342-*bis* c.c.
Sul rapporto tra i due istituti, l'interpretazione corrente è che gli stessi, sia pur diversamente denominati ed inseriti in contesti differenti, possano avere la medesima ampiezza e ricchezza di intervento. Si noti, peraltro, che in caso di violazione dei provvedimenti civilistici, è prevista l'applicazione delle sanzioni penali di cui all'art. 388 c.p. (che però non consente fermo o arresto, ed è procedibile a querela di parte).
A siffatto rigore corrisponde, come è giusto, una serie precisa di disposizioni che individuano le condizioni di applicabilità.

2. Violazione dell'art. 273 c.p.p. per mancanza di gravi indizi in ordine alla commissione del delitto di atti persecutori o, in subordine, perché questi depongono per l'avvenuta commissione di una contravvenzione, e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare. Violazione dell'art. 282-ter c.p.p., genericità delle prescrizioni e conseguente inapplicabilità della misura cautelare per mancanza di motivazione

Nel confezionare questo motivo di riesame valgono le regole consuete in materia di "gravi indizi", elemento centrale della materia cautelare in quanto speso dalla norma sulle condizioni generali di applicabilità. Laddove i gravi indizi manchino, la misura cade.
Nel caso offerto dal quesito sono svariati gli elementi di fatto che depongono per la insussistenza degli estremi del delitto ipotizzato (e sono stati più volte accennati nel corso della trattazione, quindi sviluppati appieno nel parere) o al più per la sua derubricabilità nella contravvenzione di molestie alle persone, che non consente l'applicazione di una misura coercitiva, operando i limiti di cui all'art. 280 c.p.p., ossia la possibilità che dette misure siano disposte solo in caso si proceda per delitti per i quali la legge stabilisce la pena edittale di anni tre di reclusione.
Quanto alla genericità dell'atto, il legale si duole della mancanza di precisa indicazione dei luoghi al quale è stato precluso all'indagato di recarsi.

3. *Violazione degli artt. 253 e 355 c.p.p. Sequestro di beni che non costituiscono corpo del reato o cosa pertinente. Omessa convalida*

Questo motivo di riesame del sequestro si sviluppa su due piani: da un lato si eccepisce che il computer possa integrare corpo del reato o cosa ad esso pertinente, secondo le regole usuali in materia, per come elaborate dalla giurisprudenza che sul punto si dimostra estremamente divisa. Si registrano infatti massime che ammettono pacificamente la parificazione tra pc e telefono, anche nell'egida della contravvenzione di molestia alle persone, e decisioni che, in rigorosa applicazione letterale dell'art. 660 c.p., ravvisano un'analogia *in malam partem*, vietata dalla legge. Il secondo profilo integra una decadenza vera e propria per l'Autorità giudiziaria. Quand'anche operi nell'ambito dell'esecuzione di una misura disposta dal Pubblico Ministero, infatti, la Polizia Giudiziaria conserva spazi ove agire di propria iniziativa ma incorre nell'obbligo di richiedere, in termini di tempo molto stretti, la convalida del sequestro dei beni non elencati nel decreto e pur tuttavia asportati.

4. *Violazione degli artt. 202 e 206 c.p. e 313 c.p.p. con riferimento all'applicazione della misura provvisoria di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario*

Il motivo di riesame, alternativo rispetto a quello concernente l'applicazione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla parte lesa, concerne il caso in cui la misura *ex* art. 282-*ter* c.p.p. sia stata sostituita a seguito di un tentativo di suicidio.
La materia sposta il fuoco dell'approfondimento sulle misure di sicurezza detentive e, in particolare, sulla loro applicazione provvisoria.

5. *Profili sanzionatori*

Quanto infine discende dalla violazione delle norme – per come eccepita – non si discosta dalle regole usuali in materia cautelare. La mancanza di gravi indizi, o la sussistenza degli estremi di un reato di gran lunga meno grave, comporta l'inesistenza delle condizioni generali di applicabilità della misura e quindi la sua caducazione.
La mancata convalida del sequestro operato di iniziativa da parte della Polizia Giudiziaria porta all'obbligo di restituzione del bene, che può essere fatto valere con il mezzo qui utilizzato, ossia il ricorso *ex* art. 324 c.p.p., accorpato a quello *ex* art. 309 c.p.p. per comodità di esposizione, ma può essere sollevato anche davanti al Giudice che procede, quindi quello per le indagini preliminari in quella fase processuale.

6. *Conclusioni*

Una volta ripercorsi per sommi capi gli argomenti spesi nei singoli motivi di riesame, il legale può rassegnare quindi le sue richieste finali che, nel caso di specie, sono la remissione in libertà e la restituzione del computer.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito

Giurisprudenza

Cass. pen., sez. V, 11.04.2012, n. 13568
Legittimo il divieto di avvicinarsi ai "luoghi frequentati dalla persona offesa": se la vittima di stalking non ha luoghi abituali di frequentazione, il compito del giudice è quello di vestire a misura il bisogno di protezione che l'ordinamento ha inteso consentire di tutelare.

*L'art. 282-*ter *c.p.p. non osta ad una mancata predeterminazione giudiziale dei luoghi su cui vige il divieto, ciò ove le abitudini della vittima non consentano una simile determinazione.*

Cass. pen., sez. V, 21.11.2011, n. 42953, in *Riv. Pen.* 2012, 2, 177
*In tema di stalking, le dichiarazioni accusatorie della persona offesa possono integrare i gravi indizi necessari per l'applicazione della misura cautelare del divieto di avvicinamento all'abitazione della p.o., ai sensi dell'art. 282-*ter *c.p.p., senza necessità di riscontri oggettivi esterni ai fini della valutazione di attendibilità estrinseca. Ai fini della integrazione del reato di atti persecutori (art. 612-*bis *c.p.) non si richiede l'accertamento di uno stato patologico, ma è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori – e nella specie costituiti da telefonate offensive, messaggi telefonici, visite presso il luogo di lavoro della persona offesa e dal timore espresso pubblicamente dalla persona offesa alla p.g. che la persona molestante possa detenere un'arma da fuoco – abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima.*

Cass. pen., sez. V, 21.11.2011, n. 42953, in *Guida dir.* 2012, 11, 72
*In materia di stalking, ai fini dell'applicazione della misura cautelare (nella specie, quella del divieto di avvicinamento all'abitazione della persona offesa, ai sensi dell'art. 282-*ter *c.p.p.) i gravi indizi di reato possono essere ricavati anche dalle sole dichiarazioni della persona offesa, di cui si apprezzi la coerenza intrinseca e la relativa logica interna, essendo sufficiente il raggiungimento della c.d.* probatio minor *circa gli elementi costitutivi del reato.*
Da queste premesse, va rigettato il ricorso avverso l'ordinanza applicativa della misura, ritenendo congruamente motivata l'abitualità propria della fattispecie incriminatrice con il richiamo alla pluralità di querele presentate e parimenti adeguata la motivazione sullo stato di paura determinato nella vittima con il riferimento al rappresentato timore circa la supposta detenzione di un'arma da fuoco da parte dell'indagata).

Cass. pen., sez. V, 04.07.2011, n. 42146
Gli sms non minacciosi, scambiati tra la vittima e l'autore di stalking in suo danno, devono essere rivisti e collocati in un contesto relazionale da verificare. A fronte di un quadro in cui risulti che l'indagato abbia posto in essere pedinamenti, avvicinamenti, ed abbia profferito minacce anche di morte, provocando un forte stato di ansia e costringendo la parte offesa a modificare le proprie abitudini quotidiane, lo scambio pacifico di messaggi telefonici non vale di per sé a ridimensionare l'aspetto della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di atti persecutori, aggravato dall'esservi stata tra le parti una relazione affettiva.

Cass. pen., sez. V, 15.06.2011, n. 40105
*La misura cautelare di cui all'art. 282-*ter *c.p.p. del codice di rito non può essere invocata le volte in cui le molestie siano episodiche o numericamente non significative. Quando invece i comportamenti lesivi siano numericamente imponenti e si protraggano nel tempo, è del tutto ozioso stare a disquisire sui danni che in concreto tale condotta abbia cagionato, atteso che lo stesso numero delle telefonate è fatto che di per sé comporta un disagio più o meno intenso e uno stato d'ansia. Ciò solo quindi basta a legittimare la tutela cautelare senza necessità di superflue verifiche mediche, in quanto non è necessario che la molestia debba sfociare in una patologia conclamata, anzi, la tutela cautelare deve essere apprestata prima che il disagio sfoci in vera patologia.*

Cass. pen., sez. VI, 07.04.2011, n. 26819, in *Guida dir.* 2011, 32, 88
*In tema di misure cautelari, sia la misura dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis *c.p.p.), che quella del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter *c.p.p.) devono essere corredate da quelle prescrizioni essenziali per raggiungere l'obiettivo cautelare, in modo però da contemperare le esigenze di sicurezza, incentrate sulla tutela della vittima, con il minor sacrificio della libertà di movimento della persona sottopostavi. In particolare, con il divieto di avvicinamento il giudice deve necessariamente indicare in maniera specifica e dettagliata i "luoghi determinati" rispetto i quali all'indagato è fatto divieto di avvicinamento, non potendo essere concepibile una misura cautelare che si limiti a fare riferimento genericamente a "tutti i luoghi frequentati" dalla vittima, giacché si tratterebbe di un provvedimento che finirebbe con l'imporre una condotta di "non facere" indeterminata rispetto ai luoghi, la cui individuazione finirebbe per essere di fatto rimessa alla persona offesa. Analogamente, con riferimento alla prescrizione di "mantenere una determinata distanza" dai luoghi frequentati dalla persona offesa, che può integrare il divieto di avvicinamento, l'ordine giudiziale non può essere riferito anche a "incontri occasionali", ossia a quelli in cui*

l'intimato non cerchi volontariamente il contatto con la vittima: anche in questo caso, la rilevata esigenza di contemperare la sicurezza con il minor sacrificio della libertà dell'intimato, impongono la dazione di indicazioni specifiche, con riferimento alle situazioni in cui vi sia il concreto rischio che la persona offesa possa venire a contatto con l'autore dei reati posti in essere ai suoi danni. (Ad esempio, nel caso in cui le due persone lavorino nello stesso ufficio o nello stesso luogo di lavoro. Da queste premesse, la Corte ha annullato con rinvio il provvedimento cautelare, perché con il divieto di allontanamento si era prescritto all'imputato, in modo ritenuto eccessivamente generico, di non avvicinarsi "a tutti i luoghi frequentati dalla persona offesa", non indicati in maniera specifica, con la prescrizione accessoria, anch'essa censurata, di "mantenere una distanza non inferiore a metri 100 (pure) in caso di incontro occasionale" con la persona offesa).

Cass. pen., sez. I, 17.06.2010, n. 24510, in *Guida dir.* 2010, 30, 92
L'invio di messaggi ad un indirizzo di posta elettronica non può essere considerato come effettuato (a differenza di quanto si verifica nel caso dei cd. "sms") con il mezzo del telefono ed è pertanto inidoneo a rendere configurabile il reato di molestie previsto dall'art. 660 c.p.

Corte appello Napoli, sez. III, 3.11.2011, n. 5122, in *Guida dir.* 2012, 13, 79
L'invio col mezzo telematico all'indirizzo di posta elettronica di una minore di una pluralità di messaggi e immagini a contenuto osceno estende le norme contenute nell'art. 660 del c.p. anche al caso in cui le molestie provengano da posta elettronica su Msn.

Cass. pen., sez. V, 02.08.2011, n. 30573
Non è applicabile a persona di alto spessore trasgressivo una misura cautelare la cui esecuzione, libera da dovuti e costanti controlli, sia affidata in gran parte all'autocustodia dell'interessato, rendendo consistente il pericolo che questi si sottragga alle necessarie osservazioni e alle immediate misure e persista negli atti di prevaricazione ed offesa nei confronti di terzi.

Cass. pen., sez. V, 14.04.2011, n. 15230
*Rispetto al provvedimento che dispone la misura degli arresti domiciliari in aggravamento rispetto alla misura del divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-*ter *c.p.p., risulta plausibile la motivazione secondo cui il fatto che l'indagato per atti persecutori contro il coniuge separato sia in cura presso un centro di salute mentale non dà di per sé garanzie della cessazione delle condotte aggressive laddove il giudizio di valore espresso dal medico sulla capacità contenitiva dei comportamenti impulsivi ad opera del trattamento farmacologico è formulato in termini solo probabilistici e dunque tali da essere devoluti al prudente apprezzamento del giudice.*

Cass. pen., sez. V, 15.09.2011, n. 34091
Deve ritenersi che il giudizio di pericolosità, in quanto strettamente connesso agli indici di valutazione su cui esso di volta in volta si fonda, trovi la sua ragion d'essere in titoli diversi e comporta, in forza del principio di legalità, l'applicazione o la sostituzione o il mantenimento o la trasformazione della misura di sicurezza prevista dalle corrispondenti norme di riferimento. Se dunque l'art. 212 c.p. disciplina il caso della persona che, sottoposta a misura di sicurezza detentiva o non detentiva per un titolo diverso dalla infermità psichica, sia colpita da patologia durante l'esecuzione della misura, l'art. 231 c.p. regolamenta invece gli effetti che conseguono alla trasgressione degli obblighi imposti.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Dottrina

– Macrì, «Stalking e prospettive di tutela cautelare», in *Resp. Civ. e Prev.* 2009, 11, 2323;
– Natalini, «Quando le molestie persecutorie usano le più recenti tecnologie è "cyberstalking"e si configura il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p.», in *Diritto e Giustizia* 2010, 00, 407;
– Pistorelli-Bricchetti, «Entra nel codice la molestia reiterata», in *Guida dir.*, 2009, 10, 58.

Svolgimento dell'atto per esteso

Tribunale di <.....>
In funzione di Giudice del Riesame

Riesame *ex* art. 309 c.p.p. dell'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva della custodia cautelare in carcere

Il sottoscritto Avv. <.....>, difensore di Tizio, destinatario in data <.....> dell'ordinanza che dispone la misura di cui all'art. 282-*ter* c.p.p. ed altresì il sequestro del telefono cellulare,

avverso

l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di <.....>, emessa nei confronti di Tizio, nato a <.....> in data <.....>, eseguita in data <.....> , con la quale è stata applicata la misura del divieto di avvicinamento, propone

Richiesta di riesame

anche nel merito e chiede l'annullamento del provvedimento impugnato, per i motivi che espone, e quelli nuovi di cui si riserva l'enunciazione davanti al Giudice della libertà *ex* art. 309 comma 6 c.p.p., nonché la restituzione del *personal computer*, sequestrato dagli operanti di iniziativa senza successiva convalida da parte del Pubblico Ministero

Indice: 1. Premessa – 2. Violazione dell'art. 273 c.p.p. per mancanza di gravi indizi in ordine alla commissione del delitto di atti persecutori o, in subordine, perché questi depongono per l'avvenuta commissione di una contravvenzione, e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare. Violazione dell'art. 282-*ter* c.p.p., genericità delle prescrizioni e conseguente inapplicabilità della misura cautelare per mancanza di motivazione – 3. Violazione degli artt. 253 e 355 c.p.p. Sequestro di beni che non costituiscono corpo del reato o cosa pertinente. Omessa convalida – 4. Violazione degli artt. 202 e 206 c.p. e 313 c.p.p. con riferimento all'applicazione della misura provvisoria di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario – 5. Profili sanzionatori – 6. Conclusioni

1. Premessa

Di fronte ad un'ipotesi di reato di cui all'art. 612-*bis* c.p.p., introdotto con d.l. del 2009, sin dalla sua iniziale formulazione, il giudice non ha dovuto sottostare ad alcuna presunzione di inadeguatezza delle misure diverse dalla custodia in carcere, sebbene quest'ultima sia stata introdotta nell'art. 275 comma 3 c.p.p. proprio dal medesimo provvedimento di legge.

Attualmente sulla disposizione si è più volte pronunciata la Consulta, decretandone la parziale illegittimità costituzionale (sentenze n. 164/2011 e n. 265/2010), ma ad ogni modo la fattispecie c.d. di *stalking* ha sempre mantenuto il quadro di piena discrezionalità in capo al giudice richiesto di limitare la libertà dell'indagato.

Questi deve attenersi ai criteri fondamentali previsti dall'art. 275 c.p.p., ispirati alla logica della adeguatezza-proporzionalità e, tenendo conto della specifica idoneità di ciascuna misura, rapportarla alla natura ed al grado di esigenze cautelari da soddisfare. Dovrà inoltre valutare la congruità della misura rispetto alla gravità del fatto addebitato ed al presumibile *quantum*

di pena, quindi scegliere – tra le misure idonee a fronteggiare le esigenze di cautela – la meno gravosa per il soggetto, mediante un accorto uso dei propri poteri discrezionali.
Nei casi giudiziari di *stalking,* che sotto un profilo edittale consente financo la custodia cautelare in carcere, è frequente l'adozione della misura coercitiva del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima, del pari introdotta nel 2009 dal decreto legge citato.
Questa è la misura disposta a carico del quivi ricorrente, che si duole della carenza di presupposti applicativi e ne chiede la caducazione.

2. *Violazione dell'art. 273 c.p.p. per mancanza di gravi indizi in ordine alla commissione del delitto di atti persecutori o, in subordine, perché questi depongono per l'avvenuta commissione di una contravvenzione, e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare. Violazione dell'art. 282*-ter *c.p.p., genericità delle prescrizioni e conseguente inapplicabilità della misura cautelare per mancanza di motivazione*

Il delitto di cui all'art. 612-*bis*, c.p. (atti persecutori, cosiddetto "stalking") – è un reato a fattispecie alternative, ciascuna delle quali è idonea ad integrarlo (Cass. pen., sez. V, 22.06.2010, n. 34015, in *C.E.D. Cass. pen. 2010, rv 248412*. Vedi anche: Cass. pen. n. 17698 del 2010, Cass. pen. n. 17698 del 2010, Cass. pen. n. 11945 del 2010, Cass. pen. n. 6417 del 2010).
Si deve ritenere che sussistano gli estremi della fattispecie quando il comportamento dell'indagato sia minaccioso o molesto, sia posto in essere con condotte reiterate e sia tale da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero, in alternativa, da ingenerare nella vittima un fondato timore per la propria incolumità ovvero, sempre in alternativa, da costringere la vittima stessa ad alterare le proprie abitudini di vita (massima citata, in *Guida al diritto 2010, 41, 90).*
Integrano l'elemento materiale del delitto di atti persecutori *ex* art. 612-*bis* c.p., quindi, le condotte riconducibili alle categorie del c.d. *stalking* vigilante (controllo sulla vita quotidiana della vittima), del cd. *stalking* comunicativo (consistente in contatti per via epistolare o telefonica, sms, scritte sui muri, ed altri messaggi in luoghi frequentati dalla persona offesa) e del cd. *cyberstalking*, costituito dall'uso di tutte quelle tecniche di intrusione molesta nella vita della vittima rese possibili dalle moderne tecnologie informatiche e, segnatamente, dai *social networks* (Uff. Indagini preliminari Termini Imerese, 09.02.2010 in *Redazione Giuffrè 2010).*
Nel caso in esame, non sussistono i presupposti del reato in parola, in particolare mancano gli indizi che denotino anche solo la possibilità che insorga – nella asserita parte offesa – uno degli eventi di danno tratteggiati dall'art. 612-*bis* c.p.
La norma sul reato di "atti persecutori", infatti, è stata inserita nel nostro ordinamento a tutela della libertà morale della persona e ha ad oggetto condotte reiterate di minaccia e molestia che determinano nella vittima, alternativamente: un perdurante e grave stato di ansia o paura; un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persona comunque affettivamente legata; la costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita (Cass. pen., sez. V, 12.01.2010, n. 11945, in *Resp. civ. e prev. 2010, 12, 2517.* In materia si vedano anche Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2010, n. 25527; Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510; Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 2010, n. 32404).
Sussistono i gravi indizi di colpevolezza, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare, qualora si sia in presenza di una condotta persecutoria consistita in gravi minacce, molestie, aggressioni fisiche, ingiurie, pedinamenti ed appostamenti, tale da determinare nella vittima uno stato d'ansia e di paura, nonché il timore per l'incolumità propria e dei propri cari e da indurla a modificare le proprie abitudini di vita-condotta.

Ciò va dimostrato non solo dalle dichiarazioni precise, univoche e concordanti della vittima, ma anche dalle certificazioni mediche, dalle ripetute richieste di intervento delle forze dell'ordine risultanti dagli atti, nonché da documentazione fotografica e sommarie informazioni di persone informate sui fatti (Trib. Milano, sez. XI, 21.12.2009, in *Foro ambrosiano 2009, 4, 416).*
Anche condotte apparentemente di corteggiamento, quali baci o inviti, possono integrare l'elemento oggettivo tratteggiato dalla norma incriminatrice, ma è comunque necessario che ne consegua un perdurante e grave stato di ansia o di paura, costituente uno dei tre possibili eventi del delitto di atti persecutori, configurabile anche in presenza del destabilizzante turbamento psicologico (Cass. pen., sez. V, 12.01.2010, n. 11945, in *C.E.D. Cass. pen. 2010,* rv 246545).
La vicenda oggetto di riesame si caratterizza per essere suddivisa in due momenti storici, riferiti dalla stessa querelante (sia pur per il tramite della madre): in una prima fase, di durata variabile fra i tre ed i quattro mesi, la giovane e l'indagato si sono scambiati messaggi, lettere di posta elettronica e hanno chattato tramite social network.
Sotto un profilo astratto, in presenza di turbamento o fastidio da parte di uno o entrambi i protagonisti, nulla vieterebbe di ravvisare la fattispecie di *stalking*: la reciprocità dei comportamenti molesti non esclude infatti la configurabilità del delitto di atti persecutori.
In tale ipotesi, però, incombe sul giudice un più accurato onere di motivazione in ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato d'ansia o di paura della presunta persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o della necessità del mutamento delle abitudini di vita (Cass. pen., sez. V, 05.02.2010, n. 17698, in *C.E.D. Cass. pen. 2010, rv 247226.* Vedi anche: Cass. pen. n. 11945 del 2010).
La giurisprudenza ha altresì precisato che, in caso di reciprocità, per configurare il reato è altresì indispensabile che si riscontri una posizione di ingiustificata predominanza di uno dei due contendenti, tale da dar luogo alla qualificabilità come persecutoria della condotta da lui posta in essere.
La trascrizione dei messaggi, versata nel fascicolo di codesto Tribunale, dimostra una realtà di fatto ben diversa, contraddistinta senza dubbio dall'iniziale mentire sull'età anagrafica (da parte di entrambi i protagonisti), ma altresì da una costante cordialità e bonomia nelle conversazioni, forse infantile, forse puerile, certamente intensa, ma priva di qualsiasi traccia da cui inerire che la giovane abbia subito le attenzioni dell'indagato provandovi fastidio o timore.
Ben diversa la seconda fase della vicenda, durata pochissimi giorni appena antecedenti alla presentazione della querela: scoperta grazie alle rivelazioni di un'amichetta, la ragazzina ha dovuto ammettere coi genitori di aver intrattenuto per alcuni mesi un rapporto, sia pur virtuale, con un adulto e vi ha aggiunto il sospetto di aver veduto l'indagato nelle vicinanze della scuola.
Si noti come non ne abbia fornito alcuna descrizione fisica (l'individuazione dell'indagato è infatti avvenuta risalendo alle intestazioni dei contratti di telefonia mobile e rete internet), limitandosi a riferire una mera sensazione, peraltro avvertita solo un paio di volte.
In materia di atti persecutori (stalking) non sono sufficienti a configurare la fattispecie solo due episodi di aggressione poiché «il requisito della reiterazione degli atti di molestia o minaccia deve essere ricostruito alla luce degli eventi tipici che la norma richiede, in relazione ai quali gli atti di aggressione devono presentare un grado di invasività tale nella vita della vittima da determinarne uno stravolgimento psichico e della stessa organizzazione della quotidianità, compatibile solo con condotte caratterizzate da costanza, permanenza imponenza tali da co-

stituire un vero e proprio impedimento alle sue normali abitudini di vita» (Trib. Roma, sez. V, 04.02.2010, n. 3181, in *Ius ac bonum 2010).*

Peraltro nel caso in esame non si sarebbe trattato di aggressioni ma di meri appostamenti, dai quali non è discesa l'alterazione delle abitudini di vita della vittima (rinvenibile ad esempio in presenza di cambio di utenza cellulare, del tragitto per tornare a casa etc.) o causando nella stessa un perdurante stato d'ansia, da intendersi provato al ricorrere di una acclarata patologia (Uff. Indagini preliminari Milano, 01.07.2009, in *Foro ambrosiano 2009, 3, 284).*

Stanti queste premesse, è evidente la mancanza di gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di atti persecutori.

Altrettanto dicasi quanto alle esigenze cautelari di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p., poiché in caso di atti persecutori, deve sussistere il concreto pericolo – per specifiche modalità o circostanze del fatto, desumibili dall'aggressività mostrata in più occasioni dall'indagato, dalla sua personalità e dal comportamento complessivamente tenuto – che egli perseveri nell'azione delittuosa, ma, soprattutto che la stessa sortisca epiloghi peggiori di quelli attuali. Solo in tale ipotesi può essere applicata la misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (Trib. Napoli, sez. IV, 30.06.2009, in *Resp. civ. e prev. 2009, 11, 2319).*

La misura cautelare di cui all'art. 282-*ter* c.p.p. del codice di rito non può essere invocata le volte in cui le molestie siano episodiche o numericamente non significative. Quando invece i comportamenti lesivi siano numericamente imponenti e si protraggano nel tempo, è del tutto ozioso stare a disquisire sui danni che in concreto tale condotta abbia cagionato, atteso che lo stesso numero delle telefonate è fatto che di per sé comporta un disagio più o meno intenso e uno stato d'ansia. Ciò solo quindi basta a legittimare la tutela cautelare senza necessità di superflue verifiche mediche, in quanto non è necessario che la molestia debba sfociare in una patologia conclamata, anzi, la tutela cautelare deve essere apprestata prima che il disagio sfoci in vera patologia (Cass. pen., sez. V, 15.06.2011, n. 40105*).*

Del più, nella denegata ipotesi che dalla condotta posta in essere dall'indagato possa ricavarsi che la stessa è illegittima, essa rasenta gli estremi della ben più mite contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., la quale non comporta – per limiti edittali – l'applicazione di alcuna misura cautelare.

In via di ulteriore subordine, si eccepisce la genericità delle prescrizioni impartite all'indagato, al quale è stato vietato di "avvicinarsi alla persona offesa".

Sul punto la giurisprudenza (Cass. pen., sez. VI, 07.04.2011, n. 26819, in *Guida al diritto 2011, 32, 88*) esige, da un lato, l'indicazione specifica e dettagliata dei luoghi oggetto del divieto di avvicinamento imposto all'indagato, laddove il generico riferimento identificativo alla frequentazione di detti luoghi da parte della persona offesa non rispetterebbe la prescrizione normativa, che predica distintamente i luoghi in esame come "determinati" e "abitualmente frequentati dalla persona offesa", e si risolverebbe nell'inaccettabile imposizione di un obbligo di *non facere* di fatto rimesso alla volontà del soggetto passivo; del resto ben possono ipotizzarsi incontri casuali, non voluti né cercati dall'indagato e nondimeno possibili.

Per questi motivi si domanda la caducazione della misura cautelare del divieto di avvicinamento per mancanza di condizioni legittimanti l'imposizione di una limitazione coercitiva alla libertà di spostamento dell'indagato o, in subordine, il suo annullamento per genericità.

3. Violazione degli artt. 253 e 355 c.p.p. Sequestro di beni che non costituiscono corpo del reato o cosa pertinente. Omessa convalida.

Dall'accoglimento del motivo di riesame che precede, e quindi dalla condivisione che nella condotta non si ravvisino estremi di reato, discende altresì la perdita di efficacia della misura cautelare reale del sequestro disposto dal Pubblico Ministero, avente ad oggetto i mezzi di comunicazione dell'indagato.

A proposito del computer, su di esso si devono svolgere due motivi di doglianza distinti, ambedue conducenti alla immediata restituzione del bene.

Il reiterato invio alla persona offesa di "sms" e di messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti "social network" (ad esempio "facebook") integra l'elemento materiale del delitto di atti persecutori, purché evidentemente sussista anche l'evento di danno in capo alla vittima (Cass. pen., sez. VI, 16.07.2010, n. 32404, in *C.E.D. Cass. pen. 2010, rv 248285*. Vedi anche: Cass. pen. n. 6417 del 2010) ma sulla (in)sussistenza di questa fattispecie si è già a lungo disquisito nel motivo che precede.

Per converso a mente di almeno due pronunzie della Suprema Corte (Cass. pen., sez. I, 12.10.2011, n. 36779, in *Riv. Pen*. 2012, 1, 37 e sez. I, 17.06.2010, n. 24510, in *Guida dir. 2010, 30, 92*) l'invio di messaggi ad un indirizzo di posta elettronica non può essere considerato come effettuato (a differenza di quanto si verifica nel caso dei cd. "sms") con il mezzo del telefono ed è pertanto inidoneo a rendere configurabile il reato di molestie previsto dall'art. 660 c.p.

In materia di molestie private, l'art. 660 c.p. deve essere interpretato restrittivamente; pertanto in caso di molestie perpetrate mediante posta elettronica, per quanto astrattamente riconducibili al mezzo epistolare, non sono di per sé sufficienti a realizzare la fattispecie incriminatrice della norma *de qua*, giacché con l'invio della posta elettronica non si determina un'interazione e un'intrusione immediata nella sfera privata del destinatario, essendo necessaria la sussistenza di altre circostanze dettate dalla norma (luogo pubblico o uso del telefono).

Il semplice fastidio o disturbo arrecato con il mezzo della posta elettronica non può essere equiparato all'utilizzo del telefono seppur sul presupposto di un'avvertita esigenza di espandere la tutela del bene protetto della tranquillità della persona. Tutela che, tuttavia, incontra il limite coessenziale della legge penale costituito dal principio di stretta legalità e di tipizzazione delle condotte illecite, sanciti dall'art. 25, comma 2, cost. e dall'art. 1 c.p.

Deve quindi escludersi che la previsione incriminatrice di cui all'art. 660 c.p., circa la molestia o il disturbo recati "col mezzo del telefono", possa essere interpretata estensivamente sino a comprendere l'invio di corrispondenza elettronica (e-mail) sgradita, che provochi turbamento o, quanto meno, fastidio.

A supporto dell'estensione non potrebbe, infatti, sostenersi che anche la e-mail viene "inoltrata col mezzo del telefono", perché la posta elettronica utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza, ma non il telefono.

Inoltre, tale metodica di comunicazione non costituisce applicazione della telefonia, che consiste nella teletrasmissione, in "modalità sincrona", di voci e suoni, ma, al contrario, si risolve in una modalità di comunicazione "asincrona", dove l'azione del mittente si esaurisce nella memorizzazione di un documento di testo (con la possibilità di allegare immagini, suoni o sequenze audiovisive) in una determinata locazione della memoria dell'elaboratore del gestore del servizio, accessibile dal destinatario, mentre la comunicazione si perfeziona se e quando il destinatario,

connettendosi a sua volta all'elaboratore e accedendo al servizio, attivi una sessione di consultazione della propria casella di posta elettronica e proceda alla lettura del messaggio.
In altri termini, come per la corrispondenza epistolare in forma cartacea, inviata, recapitata e depositata nella cassetta (o casella) della posta sistemata presso l'abitazione del destinatario, l'invio di un messaggio di posta elettronica non comporta un'immediata interazione tra il mittente e il destinatario, né alcuna intrusione diretta del primo nella sfera di attività del secondo: e ciò a differenza della telefonata (e del messaggio di testo telefonico: cosiddetto Sms), relativamente alla quale si giustifica, invece, la scelta normativa di ampliare la tutela penale dell'art. 660 c.p., altrimenti limitata alle molestie arrecate "in luogo pubblico o aperto al pubblico", proprio per il carattere invasivo della comunicazione alla quale il destinatario non può sottrarsi, se non disattivando l'apparecchio telefonico, con conseguente lesione, in tale evenienza, della propria libertà di comunicazione, costituzionalmente garantita (art. 15, comma 1, cost.).
È noto che persino laddove si ipotizzasse che tramite contatti via internet l'indagato abbia commesso il reato, militerebbe contro questa tesi la stessa versione di cui alla querela, per tacer del tenore obiettivo dei messaggi, ove non si ravvisa indizio alcuno di fastidio o paura.
Del resto, per il delitto di *stalking* non si pongono eccezioni alle regole generali: come è stato dichiarato illegittimo il sequestro preventivo dell'autovettura utilizzata per commettere il reato di atti persecutori, non essendo la stessa strutturata funzionalmente alla commissione del medesimo, altrettanto si dovrebbe sostenere nel caso che ci occupa circa il computer (Cass. pen., sez. III, 09.02.2011, n. 8987, in *C.E.D. Cass. pen. 2011, rv 249610.* Vedi anche: Cass. pen. n. 11949 del 2010).

***

La seconda doglianza da far qui valere attiene ad un vizio processuale. Il decreto di sequestro emesso dal Pubblico Ministero aveva infatti ad oggetto il telefono cellulare dell'indagato, utilizzato per telefonare e scambiare messaggi di testo con la giovane. In sede di esecuzione della misura cautelare del divieto di avvicinamento, gli operanti hanno altresì proceduto a sottoporre a cautela reale il personal computer, assumendo che esso era del pari stato utilizzato per inviare e ricevere *e-mail* nonché per i contatti su "Facebook".
L'indagato non ha contezza di alcun provvedimento di convalida di tale sequestro, che deve ritenersi operato di iniziativa della polizia giudiziaria.
La Cassazione ha anzitutto stabilito che l'esecuzione ad opera della polizia giudiziaria di un decreto, con cui il pubblico ministero abbia ordinato la perquisizione e il sequestro delle cose pertinenti al reato, senza alcun'altra specificazione, comporta la necessità che il pubblico ministero provveda alla convalida o alla eventuale restituzione delle cose sequestrate (Cass. pen., sez. V, 09.06.2010, n. 35138, in *C.E.D. Cass. pen. 2010, rv 248337.* Vedi anche: Cass. pen. n. 43282 del 2008, Cass. pen. n. 12263 del 2008, Cass. pen. n. 5672 del 2000).
Nel caso di specie la violazione di legge è stata ancora più macroscopica. Non ci si trova infatti né nell'ipotesi, molto generica, appena descritta né in quella, altrettanto generica, esaminata da altra massima della Suprema Corte, ossia il caso in cui il P.M., delegando la polizia giudiziaria all'esecuzione di una perquisizione, abbia disposto il sequestro «di quanto rinvenuto (corpo di reato e cose pertinenti al reato) e, in ogni caso, ritenuto utile al fine delle indagini».
Anche il quel frangente, si è affermato infatti, è tenuto a provvedere alla convalida relativamente al sequestro avente a oggetto cose non specificate nel relativo provvedimento, in quanto

l'indeterminatezza dell'oggetto rimette – sempre che non si tratti di beni soggetti a confisca obbligatoria – al giudizio della polizia giudiziaria l'individuazione del presupposto fondamentale del sequestro (qualifica del bene come corpo o pertinenza del reato), la quale non può che avere natura provvisoria, essendo necessario il controllo dell'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 355 c.p.p. (Cass. pen., sez. III, 11.03.2010, n. 18533, in *Guida al diritto 2010, 28, 85).*
Il caso che ci occupa è ancora più semplice: il P.M. ha delegato il sequestro indicando con precisione cosa dovesse farne oggetto, il telefonino, e nulla ha disposto una volta ricevuto il verbale dagli operanti, che annovera anche il computer.
L'omessa convalida da parte del pubblico ministero, nel termine perentorio di quarantotto ore, del sequestro eseguito di iniziativa della polizia giudiziaria determina l'inefficacia del sequestro e, conseguentemente, fa sorgere l'obbligo di provvedere alla restituzione delle cose sequestrate (Cass. pen., sez. III, 03.02.2011, n. 8433, in *C.E.D. Cass. pen. 2010, rv 249395.* In senso conforme: Cass. pen. n. 4068 del 2003, Cass. pen. n. 4046 del 2002, Cass. pen., sez. VI, 29 marzo 2001 n. 26530, Cass. pen., sez. III, 26 settembre 2000 n. 2939, Cass. pen. n. 2743 del 1997).
Si chiede la restituzione pertanto del personal computer.

4. Violazione degli artt. 202 e 206 c.p. e 313 c.p.p. con riferimento all'applicazione della misura provvisoria di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario

In relazione alla contestazione provvisoria del reato di atti persecutori, è legittima la sostituzione della misura del divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-*ter* c.p.p con quella più grave (per esempio degli arresti domiciliari) allorché l'indagato continui a tenere comportamenti minacciosi e molesti in danno della persona offesa, tali da costituire ulteriori reiterazioni del reato in contestazione.
L'ipotesi non ricorre nella vicenda in esame, dove non si versa – anzitutto – in un caso di *stalking* (come sostenuto nel primo motivo di riesame) e dove i contatti tra i due protagonisti della vicenda sono cessati.
Nel caso giudiziario deciso dalla Suprema Corte con sentenza da cui tratta la massima appena ricordata (Cass. pen., sez. V, 11.02.2011, n. 15230, in *Diritto & Giustizia 2011)* l'indagata aveva mandato messaggi offensivi col cellulare di un collega all'ex coniuge e diffuso documenti con accuse calunniose in merito a un presunto traffico di sostanze stupefacenti da parte dell'uomo e della sua famiglia.
Tizio è risultato affetto da una forma depressiva importante, derivante dallo stato di stress e profonda afflizione in cui caduto in conseguenza della perdita del lavoro e della separazione dalla moglie, che si è trasferita in altra città portando con sé i figli.
Ha dato prova di autolesionismo e per questo motivo è stato sottoposto ad accertamenti psichiatrici, ma a giudizio di chi scrive il Giudice, nel motivare la sostituzione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa in ricovero in o.p.g. non ha adempiuto completamente agli obblighi impostigli dalla legge in questa delicata materia.
Anzitutto sembra assolutamente deficitario l'aspetto motivazionale sulla capacità a delinquere e sulla attualità ed esclusiva idoneità della misura prescelta, soprattutto in un quadro investigativo ove non si sono registrati atti persecutori quali telefonate ossessive, appostamenti o minacce di morte alla giovane né è stato rinvenuto alcun disturbo (ad es. bipolare di tipo affettivo) nell'indagato il quale, peraltro, neppure è stato sottoposto ad accertamenti di questo tipo.
L'affermazione del perito sulla pericolosità sociale di Tizio quindi pare destituita di fondamen-

to scientifico-sanitario, laddove manchino osservazioni pregresse e/o infrazioni della misura cautelare prima in corso, da cui desumere l'incapacità, eventualmente per ragioni patologiche, ad auto contenersi.
Non si versa, in altre parole, nel caso deciso dalla Cassazione ove ha dichiarato non applicabile a persona di alto spessore trasgressivo una misura cautelare la cui esecuzione, libera da dovuti e costanti controlli, sia affidata in gran parte all'autocustodia dell'interessato, rendendo consistente il pericolo che questi si sottragga alle necessarie osservazioni e alle immediate misure e persista negli atti di prevaricazione ed offesa nei confronti di terzi (Cass. pen., sez. V, 02.08.2011, n. 30573).
Altrettanto carente è la motivazione circa le ragioni per cui la misura in corso del divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-*ter* c.p.p. vada modificata in *pejus*, e con ricorso alla misura di sicurezza personale più afflittiva quale il ricovero in o.p.g., posto che risulta che l'indagato per atti persecutori sia in cura presso un centro di salute mentale (il che a parere del Giudice non darebbe di per sé garanzie della cessazione delle condotte aggressive, laddove il giudizio di valore espresso dal medico sulla capacità contenitiva dei comportamenti impulsivi ad opera del trattamento farmacologico non sia del tutto tranquillizzante).
Rispetto al rischio che si reiterino condotte moleste o persecutorie, ben può essere adottato un provvedimento che disponga l'obbligo di presentazione alla PG, o financo la misura degli arresti domiciliari in aggravamento rispetto a quella *ex* art. 282-*ter* c.p.p. (argomentando da Cass. pen., sez. V, 14.04.2011, n. 15230).
Deve ritenersi che il giudizio di pericolosità, in quanto strettamente connesso agli indici di valutazione su cui esso di volta in volta si fonda, trovi la sua ragion d'essere in titoli diversi e comporta, in forza del principio di legalità, l'applicazione o la sostituzione o il mantenimento o la trasformazione della misura di sicurezza prevista dalle corrispondenti norme di riferimento.
Se dunque l'art. 212 c.p. disciplina il caso della persona che, sottoposta a misura di sicurezza detentiva o non detentiva per un titolo diverso dalla infermità psichica, sia colpita da patologia durante l'esecuzione della misura, l'art. 231 c.p. regolamenta invece gli effetti che conseguono alla trasgressione degli obblighi imposti (Cass. pen., sez. V, 15.09.2011, n. 34091)
Il disturbo di cui affetto l'indagato è senza dubbio da affrontarsi con l'ausilio degli specialisti più idonei, ma non incide sulla sua capacità di intendere e volere, neppure parzialmente, né su quella di determinare le proprie azioni.
L'interessato peraltro non è neppure stato sottoposto all'interrogatorio di cui all'art. 313, comma 1, c.p.p., momento dal quale il giudice avrebbe tratto elementi opportuni anche al fine di valutarne la pericolosità e formulare un giudizio prognostico sulla transitorietà del lieve squilibrio psicologico di cui oggi affetto.
Si chiede quindi la revoca della misura di sicurezza, applicata provvisoriamente ma in violazione di legge.

5. Profili sanzionatori

Come accennato nello schema della redazione di quest'atto di riesame al Tribunale della Libertà, la eccepita violazione delle norme – ossia la mancanza di gravi indizi, o la sussistenza degli estremi di un reato di gran lunga meno grave rispetto al delitto di atti persecutori, comporta l'inesistenza delle condizioni generali di applicabilità della misura e quindi la sua caducazione.
La mancata convalida del sequestro operato di iniziativa da parte della Polizia Giudiziaria

porta a sua volta all'obbligo di restituzione del bene, che può essere fatto valere con il mezzo qui utilizzato, ossia il ricorso *ex* art. 324 c.p.p., accorpato a quello *ex* art. 309 c.p.p. per comodità di esposizione, ma può essere sollevato anche davanti al Giudice che procede, quindi quello per le indagini preliminari in quella fase processuale.

6. Conclusioni

Per questi motivi si chiede l'annullamento dell'ordinanza *ex* art. 273 c.p.p. per mancanza di indizi in ordine al delitto di atti persecutori e la sua inapplicabilità all'ipotesi derubricata di molestie.

Si chiede la restituzione del computer, in quanto non sottoponibile a sequestro in casi di molestie con uso del telefono, e comunque appreso d'iniziativa dalla polizia giudiziaria senza ulteriore convalida da parte dell'autorità giudiziaria.

Si chiede la revoca dell'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, e in subordine il suo annullamento, con rinvio al Giudicante, perché si esprima in ordine alle specifiche ragioni per cui le esigenze cautelari di specie (non) possono essere salvaguardate dall'applicazione di una misura meno afflittiva.

La sentenza in evidenza

Corte di Cassazione, Sez. V pen., 1° gennaio 2010 (dep. 7 marzo 2011), n. 88322

Atti persecutori (stalking) - Violenza materiale e psicologica - Atti ripetuti danneggiamento di beni - Turbamento psicologico della vittima - Sussistenza atteggiamento persecutorio - Configurabilità.

In tema di *stalking*, va sanzionata la violenza crescente dell'*ex* compagno contro le cose della *ex* compagna, anche se gli atti non sono direttamente rivolti a mettere a rischio l'incolumità fisica della donna e a procurarle uno stato patologico di ansia, in quanto le manifestazioni di aggressività sono tali da metterne ugualmente a repentaglio l'equilibrio emotivo.

Per il testo integrale della sentenza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

14. Violenza sessuale di gruppo

(di Alessia Sorgato)

Traccia per la redazione del parere

Tizio filma con il suo smartphone due compagni di scuola, mentre costringono un'amica a praticare loro un rapporto orale. Querelati dalla ragazza, il Pubblico Ministero chiede nei loro confronti l'emissione di ordinanza di custodia cautelare in carcere con l'imputazione di violenza sessuale di gruppo.
Non appena ristretto, Tizio si rivolge ad un legale, adducendo di non aver preso parte all'azione degli amici, che comunque non si sono spinti sino al congiungimento sessuale, sostenendo altresì di essersi limitato ad assistere passivamente alla scena, di cui ha captato qualche immagine.
Assunte le vesti dell'avvocato, si valuti la posizione di Tizio alla luce delle norme in materia di violenza sessuale e gli si prospetti una linea difensiva anche sotto il profilo cautelare.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Come d'abitudine, la traccia offre elementi di fatto sufficienti per una congrua ricostruzione dell'accaduto secondo i principi di diritto penale richiamati dalle fattispecie in esame: questi spunti vanno individuati preliminarmente ed affrontati, uno ad uno, al fine di inquadrare correttamente le problematiche che il quesito propone. Nel caso di specie, il cliente sostiene di non aver commesso il reato di cui lo si accusa (violenza sessuale di gruppo), e per il quale si trova sottoposto alla più grave tra le misure cautelari previste dal codice: la custodia in carcere. Il convincimento dell'accusato non si basa soltanto su elementi di fatto (non aver partecipato all'azione) ma altresì di – a suo parere – diritto, atteso che Tizio sostiene come il rapporto orale, a cui i suoi amici hanno indotto una ragazza, non costituisca violenza sessuale.

Norme e fattispecie di reato da considerare nella redazione del parere

Art. 609-*bis* c.p. Violenza sessuale.
Chiunque con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.
Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:
1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;
2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.
Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

Art. 609-*ter* c.p. Circostanze aggravanti.
La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609-*bis* sono commessi:
1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;
2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;
3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;
4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;
5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo.
5-*bis*) all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto d'istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa.
La pena è della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci.

Art. 609-*quater* c.p. Atti sessuali con minorenne.
Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609-*bis* chiunque al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:
1) non ha compiuto gli anni quattordici;
2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza.
Al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 609-*bis*, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni.
Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-*bis*, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.
Nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino a due terzi.
Si applica la pena di cui all'articolo 609-*ter*, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

Art. 609-*octies* c.p. Violenza sessuale di gruppo.
La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609-*bis*. Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo è punito con la reclusione da sei a dodici anni. La pena è aumentata se concorre taluna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 609-*ter*. La pena è diminuita per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. La pena è altresì diminuita per chi sia stato determinato a commettere il reato quando concorrono le condizioni stabilite dai numeri 3) e 4) del primo comma e dal terzo comma dell'articolo 112.

Art. 609-*septies* c.p. Querela di parte.
I delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*quater* sono punibili a querela della persona offesa.
Salvo quanto previsto dall'articolo 597, terzo comma, il termine per la proposizione della querela è di sei mesi.
La querela proposta è irrevocabile.
Si procede tuttavia d'ufficio:
1) se il fatto di cui all'articolo 609-*bis* è commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni diciotto;
2) se il fatto è commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore, ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia con esso una relazione di convivenza;
3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni;
4) se il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio;
5) se il fatto è commesso nell'ipotesi di cui all'articolo 609-*quater*, ultimo comma.

Art. 609-*sexies* c.p. Ignoranza dell'età della persona offesa.
Quando i delitti previsti negli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* sono commessi in danno di persona minore di anni quattordici, nonché nel caso del delitto di cui all'articolo 609-*quinquies*, il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa.

Art. 609-*quinquies* c.p. Corruzione di minorenne.
Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Norme processuali

Art. 274 c.p.p. Esigenze cautelari.
1. Le misure cautelari sono disposte:
a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti;
b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione;
c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.

Art. 275 c.p.p. Criteri di scelta delle misure.
1. Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.
1-*bis*. Contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'articolo 274, comma 1, lettere b) e c).
2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata.
2-*bis*. Non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena.
2-*ter*. Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-*bis*, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole.
3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, e 600-*quinquies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate (*).

4. Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputato sia persona che ha superato l'età di settanta anni.
4-*bis*. Non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.
4-*ter*. Nell'ipotesi di cui al comma 4-*bis*, se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Se l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 5 giugno 1990, n. 135.
4-*quater*. Il giudice può comunque disporre la custodia cautelare in carcere qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'articolo 380, relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure disposte ai sensi dei commi 4-*bis* e 4-*ter*. In tal caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie.
4-*quinquies*. La custodia cautelare in carcere non può comunque essere disposta o mantenuta quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

(*) Per quanto rileva nella redazione del parere e dell'atto, richiesti dalla traccia, si noti che sul comma 3 dell'art. 275 c.p.p. sono intervenute svariate sentenze della Corte Costituzionale, che in quattro ipotesi ne hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non fa salva l'ipotesi che siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Il parere che si richiede al legale, quindi, deve preliminarmente affrontare gli snodi di diritto sostanziale evidenziatigli dal suo assistito, ossia se il mancato congiungimento fisico integri comunque il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p., quindi se avervi assistito, e non partecipato, mentre altri due commettevano il fatto, assurga a concorso in violenza sessuale di gruppo.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La vicenda ha per protagonisti quattro giovani: due costringono un'amica a praticare loro un rapporto orale ed il terzo, Tizio, si limita a guardarli e a filmarli. A colloquio con il proprio legale, quest'ultimo sosterrà anzitutto che quanto messo in atto dai suoi compagni non integra violenza sessuale.
In secondo luogo, Tizio sottolinea al proprio avvocato di non aver partecipato all'episodio, né inducendo la ragazza a praticare un rapporto orale anche a lui, né trattenendola mentre gli altri agivano, né in alcun altra maniera. È rimasto spettatore muto, non ha proferito parola, ed ha filmato la scena. Questo suo comportamento, a suo dire, non integra partecipazione neppure nell'ipotesi in cui, disattendendo quanto appena sostenuto a proposito della natura del rapporto sessuale orale, si ritenga che esso integri l'elemento oggettivo di una violenza sessuale.

Individuazione della fattispecie di rilievo

Sotto il primo profilo, viene quindi in considerazione la definizione del delitto di violenza sessuale, offerta dall'art. 609-*bis* c.p., e la elaborazione del concetto di "atti sessuali", in esso contenuta, per come offerta dalla giurisprudenza.

Le norme che appaiono particolarmente rilevanti sul punto sono il comma 3 dell'art. 609-*bis* c.p., che introduce il concetto di "fatto di minore gravità", e il comma 4 dell'art. 609-*quater*, qualora la giovane vittima sia minore d'età.

Il secondo aspetto valorizzato dal cliente sposta il fuoco dell'attenzione sul diverso piano della partecipazione al reato e sul ruolo, eventualmente passivo, di un sospettato di violenza sessuale di gruppo. Affinché la norma di cui all'art. 609-*octies* c.p., che esige per sua stessa definizione la "partecipazione di più persone riunite", sia richiamata o, al contrario, possa confutarsene l'ascrivibilità a Tizio, è necessario verificare se la condotta da costui tenuta sia idonea ad essere annoverata nella richiamata fattispecie (per sua definizione a concorso necessario).

Opzioni difensive a disposizione

I temi evidenziati da Tizio centrano con precisione i punti cruciali della vicenda: dalla risposta ai due quesiti, ossia se un rapporto orale integri violenza sessuale, e se limitarsi a guardare e filmare integri partecipazione a quella di gruppo, dipende l'impostazione della linea difensiva.

Per quanto la traccia esponga, la Procura conosce il fatto così come Tizio l'ha descritto, ergo non sussiste alcun dubbio che la vicenda si sia verificata in questi esatti termini: sul punto in assenza di indicazioni contrarie, non dovrà procedersi quindi a confutare la ricostruzione accusatoria, atteso che Tizio la ammette pacificamente.

Deve infatti dedursi che la parte offesa, in querela o in un verbale di sommarie informazioni testimoniali, abbia riferito proprio di essere stata costretta a praticare un rapporto orale a due compagni, e non a Tizio, il quale non ha in alcun modo partecipato all'episodio limitandosi ad osservare. È altresì estremamente probabile che lo *smartphone* di Tizio sia stato sottoposto a sequestro ed ivi sia stato rinvenuto il filmato della scena.

La linea difensiva, in questo caso quindi, si costruisce esclusivamente in termini di diritto e, in particolare, di interpretazione giurisprudenziale delle norme in materia di violenza sessuale, segnatamente di gruppo.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

La giurisprudenza appare univoca in tema di qualificazione giuridica del coito orale come azione rientrante pienamente nel concetto di violenza sessuale, ma si divide a proposito della possibilità di farlo rientrare nel concetto di "fatto di minore gravità".

Cass. pen., sez. III, 9.05.2008, n. 28815, in *C.E.D. Cass. pen. 2008,* rv 240990
In tema di reati sessuali, è atto sessuale sia il contatto fisico diretto che quello simulato con una zona erogena del corpo (nella specie, la bocca), in quanto atto parimenti invasivo dell'altrui sfera sessuale. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta assimilabile ad un coito orale dissimulato l'introduzione nel cavo orale della vittima non del membro virile ma dello sperma, prodotto dell'eiaculazione).

Trib. Minorenni L'Aquila, 14.01.2006, in *Giur. merito 2007,* 01, 0164
*La condotta del costringi mento della vittima a subire coiti orali rientra pienamente nel concetto di violenza sessuale. La legge 15 febbraio 1996 n. 66, nel delineare la nuova figura criminosa della violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis *c.p. ha sanzionato ogni condotta comprensiva sia della violenza carnale che degli atti di libidine violenti*

Cass. pen., sez. III, 20.01.2006, **n. 6329**, in *Riv. pen. 2006,* 5, 531
*In tema di atti sessuali con minore convivente, infrasedicenne e maggiore di anni quattordici, non si è in presenza di una modalità innaturale del rapporto sessuale tale da compromettere lo sviluppo della sfera sessuale della vittima e da escludere di per sé la diminuente del fatto di minore gravità, di cui al comma 3 dell'art. 609-*quater *c.p., nel caso in cui tale rapporto sia stato assentito dalla minore la quale ne ha determinato le modalità con consapevolezza per aver già avuto in precedenza diversi rapporti sessuali. Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata che non aveva riconosciuto all'imputato la diminuente prevista dall'art. 609-*quater *c.p. per i casi meno gravi, in una fattispecie in cui una ragazza quindicenne, che aveva avuto rapporti sessuali fin dall'età di tredici anni, ha acconsentito di compiere un rapporto orale piuttosto di una congiunzione carnale, ritenuta più pericolosa.*

contra

Uff. Indagini preliminari Sondrio, 10.11.2003, in *Foro ambrosiano 2004,* 11
*In tema di applicazione dell'attenuante di minor gravità del fatto di cui all'ultimo comma dell'art. 609-*bis *c.p. e di individuazione dei relativi casi, deve escludersi che un coito orale, violentemente imposto ad una persona di minore età, possa considerarsi fatto di minore entità, atteso che lo specifico atto di costrizione sessuale riconduce, inequivocabilmente, alla fattispecie di violenza carnale piena, prototipo della violenza sessuale* ex *art. 609-*bis *c.p., i cui elementi costitutivi non possono ritenersi superati dalle particolari modalità del fatto. (Nella specie, relativa a rapporto orale dell'imputato con un bambino di sette anni – se pure di breve durata e con membro probabilmente non in stato di erezione – il Giudice per le indagini preliminari ancorando il proprio giudizio unicamente alla componente oggettiva del reato, ha escluso di poter concedere l'attenuante di cui si tratta e ha quindi rigettato l'istanza di applicazione della pena, congiuntamente avanzata dalle parti, che la contemplava).*

Cass. pen., sez. III, 27.02.2001, n. 12356, in *Foro it. 2001,* II, 617
Non può valere a sminuire la gravità di una violenza sessuale commessa da alcuni poliziotti (nella specie, imposizione di un coito orale) la circostanza che la persona offesa sia una prostituta extracomunitaria, in quanto non è sostenibile che in casi simili minore sia la lesione del bene giuridico protetto.

Ancora più divisa la giurisprudenza in materia di comportamento inerte, riprese filmate e partecipazione al reato:

Cass. pen., 9.03.2012, n. 9349
*Nel delitto di atti sessuali con minorenne, previsto dall'art. 609-*quater *c.p., sono da considerarsi vietati anche gli atti sessuali compiuti dal minore sulla persona dell'adulto, autore del fatto, a nulla rilevando, da un lato, la circostanza che quest'ultimo tenga un comportamento inerte o passivo e, dall'altro, la partecipazione attiva o l'iniziativa della vittima (fattispecie nella quale gli atti sessuali, consistiti in baci con la lingua e toccamenti dall'inequivoca valenza erotica, erano stati posti in essere su iniziativa della vittima, figlia dell'imputato, il quale era rimasto inerte senza respingere gli approcci della minore).*

Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2010, n. 11560
*Commette violenza sessuale di gruppo il minorenne che filma l'episodio con il cellulare: ai fini della configurabilità del delitto, infatti, l'espressione "più persone", contenuta nell'art. 609-*octies *c.p., comprende anche l'ipotesi che gli autori del fatto siano soltanto due, precisando che per la sussistenza del reato è necessaria la*

simultanea ed effettiva presenza di più persone nel luogo e nel momento di consumazione dell'illecito, in un rapporto causale inequivocabile, ma ciò non comporta anche la necessità che ciascun compartecipe ponga in essere un'attività tipica di violenza sessuale, né che realizzi l'intera fattispecie nel concorso contestuale dell'altro o degli altri correi, potendo il singolo realizzare soltanto una frazione del fatto tipico ed essendo sufficiente che la violenza o minaccia provenga anche da uno solo degli agenti.
La circostanza che l'imputato abbia filmato parte dell'episodio di violenza basta per stabilire la sua partecipazione attiva e consapevole alla violenza, anche se non ha compiuto atti tipici di violenza sessuale.

Cass. pen., sez. III, 20.04.2012
*Il concetto di partecipazione non può essere limitato nel senso di richiedere il compimento, da parte del singolo, di un'attività tipica di violenza sessuale (ciascun compartecipe, cioè, dovrebbe porre in essere, in tutto o in parte, la condotta descritta nell'art. 609-*bis *c.p.), dovendo invece – secondo un'interpretazione più aderente alle finalità perseguite dal legislatore – ritenersi estesa la punibilità (qualora sia comunque realizzato un fatto di violenza sessuale) a qualsiasi condotta partecipativa, tenuta in una situazione di effettiva presenza, non da mero spettatore, sia pure compiacente, sul luogo ed al momento del fatto, che apporti un reale contributo materiale o morale all'azione collettiva.*
*Per la configurabilità della violenza sessuale di gruppo è quindi necessaria la simultanea, effettiva presenza dei correi nel luogo e nel momento della consumazione del reato, in un rapporto causale inequivocabile, sicché il concorso di persone nel reato di cui all'art. 609-*bis *c.p. è divenuto configurabile solo nelle forme dell'istigazione, del consiglio, dell'aiuto o dell'agevolazione da parte di chi non partecipi materialmente all'esecuzione del reato stesso.*

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Si vedano in dottrina,rispettivamente:

– N. Ceccarelli, «Quando c'è intimidazione della vittima, basta la partecipazione di due soggetti ad integrare il reato di violenza sessuale di gruppo», in *Diritto e Giustizia* 2009, 62;
– A. Montagna, «La difficile definizione del caso di minore gravità nei reati sessuali», in *Cass. pen.* 2011, 4, 1429;
– D. Onorato, «Giurisprudenza di legittimità in tema di violenza sessuale», in *Cass. pen.* 2010, 10;
– N. Tarzia, «La violenza sessuale di gruppo: anche chi registra lo stupro compiuto da altri integra la fattispecie di cui all'art. 609-octies c.p.», in *Cass. pen.* 2011, 6, 2232.

Conclusioni

La disamina della giurisprudenza esclude anzitutto che, in presenza di coiti orali subìti per costringimento, si possa ritenere che il fatto non costituisca reato. La Cassazione come i Tribunali, anche dei Minorenni, ricomprendono la fattispecie nell'alveo dell'art. 609-*bis* c.p. al pari del congiungimento fisico, valorizzando sia il connotato erotico, tipico dell'atto, sia la sua induzione mediante violenza o minaccia, tipica del delitto.
Solo in presenza di circostanze peculiari, poi, potrà essere invocata la diminuente del fatto di speciale tenuità, in considerazione degli aspetti concreti del caso, e ciò anche nell'ipotesi in cui la vittima sia minore di età e quindi l'episodio ricada nell'egida dell'art. 609-*quater* c.p.
Quanto poi alla partecipazione ad una violenza sessuale di gruppo, si registra un mutamento radicale nell'impostazione concettuale della Suprema Corte, che recentemente si è espressa in termini assolutori, rivedendo profondamente l'indirizzo precedente.

Svolgimento del parere per esteso

Il delitto di violenza sessuale di gruppo, introdotto dall'art. 9 legge 15 febbraio 1996, n. 66, rappresenta una fattispecie molto grave (è punito con la reclusione da sei a dodici anni) ed al contempo molto peculiare, perché in essa un'ipotesi di concorso di persone assurge a reato autonomo.

La premessa è rilevante in quanto Tizio contesta proprio il suo aver partecipato ai fatti di violenza che due suoi amici hanno posto in essere nei confronti di una compagna. Il reato di cui è accusato è infatti "plurisoggettivo" (o "a concorso necessario di persone", per distinguerlo dal concorso eventuale di persone, *ex* art. 110 c.p.) in cui è la stessa norma incriminatrice di parte speciale che richiede, per l'esistenza del reato, una pluralità di soggetti attivi (almeno due, secondo gli insegnamenti della Suprema Corte).

È pur vero che la traccia indica in due gli autori delle condotte attive, di tal che la presenza di Tizio, e la possibilità che sia ritenuta tecnicamente "compartecipe", a nulla varrebbe con riferimento alla contestazione per costoro, che non verrebbe modificata in quanto entrambi hanno costretto a coiti orali la vittima dello stupro.

Ma nell'ottica difensiva di Tizio è indispensabile rispondere al quesito se, col suo comportamento, abbia o meno integrato gli estremi della contestazione che gli viene mossa, ossia se un atteggiamento inerte valga, o meno, a configurare l'elemento oggettivo del reato.

Come d'uopo, è opportuno passare in rassegna gli approdi più significativi a cui è pervenuta l'interpretazione giurisprudenziale offerta dalla Corte Suprema in materia di delitto *ex* art. 609-*octies* c.p.

«Nella violenza sessuale di gruppo, gli autori dell'abuso incidono in maniera particolarmente rilevante e penetrante sulle condizioni della vittima, ne annullano le prerogative individuali e le impongono una degradazione personale che si ricollega al venir meno dell'archetipo originario di una mera relazione a sfondo essenzialmente sessuale, sia pure viziata dal dissenso del partner» ha ricordato la Corte di Cassazione, Sez. III, 3 giugno 1999, Bombaci, n. 11541 (in *Riv. pen.,* 2000, p. 44 ss.).

Nella stessa sentenza si è osservato che: «La previsione di un trattamento sanzionatorio più grave si connette appunto al riconoscimento di un peculiare disvalore alla partecipazione di più persone in sé considerata, in quanto una tale condotta partecipativa imprime al fatto un grado di lesività più intenso sia rispetto alla maggiore capacità di intimidazione del soggetto passivo ed al pericolo della reiterazione di atti sessuali violenti (anche attraverso lo sviluppo e l'incremento di capacità criminali singole) sia rispetto ad una più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima nella sua ineliminabile essenza di autodeterminazione».

La fattispecie, peraltro, è altresì aggravata dalla circostanza che la Consulta ha ritenuto legittimo che l'attenuante di cui all'art. 609-*bis*, comma 3, c.p. non sia estesa anche alla violenza sessuale di gruppo. È pur vero che la norma, al comma 4, prevede diminuzioni di pena per il correo che abbia avuto minima partecipazione nella preparazione o nell'esecuzione del reato nonché per quello che sia stato determinato a commetterlo, ma la Cassazione, almeno fino al 2005, in base all'assunto della estrema gravità del fenomeno incriminato come violenza sessuale di gruppo, non ha mai ammesso un giudizio di gravità diminuita (Sez. III, 1° luglio 1996, Hodea, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1027).

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 325 del 26 luglio 2005 (in *Cass. pen.*, 2005, p. 3336),

osserva infatti come: «il delitto in esame presuppone comportamenti talmente violenti e un livello così intenso di costrizione della libertà sessuale della vittima da precludere l'applicazione dell'attenuante dei casi di minor gravità».
Il rigore è giustificato dalla minorata difesa a cui soggiace una vittima che debba fronteggiare non uno, ma più assalitori, per la quale sia concreto quindi il rischio di aggressioni sessuali plurime e reiterate ed altrettanto fondato il *metus* che la loro compresenza incute.
Fermo restando questo concetto, si apre l'interrogativo interpretativo di base, ossia quando si sia in presenza di una pluralità di condotte integranti il reato, atteso che la norma non ha definito il concetto di "gruppo" né quello di "partecipazione".
Bisognerà nuovamente ricorrere alla giurisprudenza, che intanto ha stabilito che il numero minimo di partecipanti necessari per integrare la fattispecie sia di due persone (Sez. III, 1° luglio 1996, Hodea, cit.; Sez. III, 3 giugno 1999, Bombaci, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 98, ss.; Sez. III, 13 novembre 2003, Pacca).
Questi due o più autori devono, essere "riuniti", ovvero essi devono essere fisicamente presenti all'atto sessuale, o quanto meno trovarsi in locali adiacenti dopo aver determinato lo stato di soggezione nella vittima, anche se la violenza venga poi realizzata materialmente da uno solo di essi, o eventualmente "a rotazione".
In secondo luogo si richiede, da parte di chi non sia autore direttamente della violenza sessuale, un atto di partecipazione, cioè di concorso materiale o morale alla violenza avente ad oggetto la sfera sessuale del soggetto passivo, da identificarsi secondo le regole generali del concorso di persone nel reato: potrà trattarsi, perciò, di partecipazione agevolatrice, morale o materiale, nella fase preparatoria o esecutiva del reato.
In terzo luogo, si richiede che la realizzazione dell'atto di violenza sul soggetto passivo sia avvenuta avvalendosi della contestuale cooperazione alla propria condotta di quella di almeno un correo o complice presente al fatto.
L'art. 609-*octies* c.p. infatti richiede un concorso qualificato, nel senso che, trattandosi di un reato plurisoggettivo proprio (in cui tutti i coagenti sono assoggettati alla medesima pena), ciò che conta è la partecipazione simultanea di essi alla condotta tipica di cui all'art. 609-*bis*.
Sotto questo profilo, l'opinione assai diffusa anche in giurisprudenza, almeno fino all'ultimo arresto di cui si deve dar conto, identificava in base al criterio causale le condotte individuali di partecipazione, ossia vi ricomprendeva tutte quelle collegate eziologicamente con il fatto di reato. Recentemente la Suprema Corte ha sposato un criterio diverso, o della strumentalità, in base al quale la condotta del singolo compartecipe sarebbe penalmente rilevante quando, dal modo stesso in cui il contributo è venuto ad inserirsi nello scenario complessivo della vicenda delittuosa, risulti il suo carattere obiettivamente strumentale rispetto all'esecuzione dell'illecito plurisoggettivo, per citare M. Tarzia nella sua Nota a Cassazione penale, 11.03.2010 n. 11560, sez. III.
Secondo la Cassazione, nella pronuncia del 20 aprile 2012, il concetto di partecipazione non può essere limitato nel senso di richiedere il compimento, da parte del singolo, di un'attività tipica di violenza sessuale (ciascun compartecipe, cioè, dovrebbe porre in essere, in tutto o in parte, la condotta descritta nell'art. 609-*bis* c.p.), dovendo invece – secondo un'interpretazione più aderente alle finalità perseguite dal legislatore – ritenersi estesa la punibilità (qualora sia comunque realizzato un fatto di violenza sessuale) a qualsiasi condotta partecipativa, tenuta in una situazione di effettiva presenza.

Fa però eccezione il caso in cui l'agente sia presente sul luogo ed al momento del fatto, ma si limiti al ruolo di mero spettatore, sia pure compiacente, posto che detta condotta non apporta un reale contributo materiale o morale all'azione collettiva.
Per la configurabilità della violenza sessuale di gruppo è quindi necessaria la simultanea, effettiva presenza dei correi nel luogo e nel momento della consumazione del reato, in un rapporto causale inequivocabile.
Anche la figura limitrofa del concorso di persone nel reato di cui all'art. 609-*bis* c.p., alternativa rispetto alla più qualificata violenza di gruppo, è configurabile solo dove si registrino forme di istigazione, consiglio, aiuto o agevolazione da parte di chi materialmente non prende parte all'azione materiale di esecuzione del reato stesso.
Stante questa premessa, Tizio non può rispondere né di violenza sessuale di gruppo *ex* art. 609-*octies*, né di concorso in violenza sessuale, secondo il diverso schema di cui agli artt. 110, 609-*bis* c.p.: il suo comportamento non ha integrato alcuna delle condotte appena elencate e la sua compresenza non può, di per se stessa, ritenersi rafforzatrice degli intenti e degli agiti altrui.

Traccia per la redazione della richiesta di riesame

(segue da traccia precedente)
Quando si rivolge al legale, Tizio si trova sottoposto alla misura cautelare della custodia cautelare in carcere. Il provvedimento è stato adottato nei suoi confronti, come in quelli dei due ragazzi protagonisti della violenza, su richiesta del PM ed ha resistito ad uno primo scrutinio operato dal Giudice per le indagini preliminari.
Questi ha infatti scritto come la custodia cautelare in carcere sia di fatto una scelta obbligata, introdotta nell'ordinamento dall'art. 2 del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, che ha stabilito la presunzione di inadeguatezza di qualsiasi altra misura cautelare ed ha fatta salva la sola ipotesi in cui manchino le esigenze cautelari.
Tizio rappresenta al suo avvocato, però, che ancor prima di essere colpiti dall'ordinanza custodiale, tutti gli indagati sono stati interrogati e non hanno negato il fatto. Lui stesso poi ha consegnato il telefonino usato per riprendere l'episodio criminoso.
Verificato lo stato dell'arte in materia, il legale si appresti a redigere ricorso al Tribunale del Riesame.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Il tema proposto dalla traccia inerisce all'innesto, operato dalla legge introduttiva del delitto di atti persecutori, concernente la materia *de libertate* in tema di violenza sessuale, secondo cui – in presenza di esigenze cautelari – l'unica misura applicabile sia quella della custodia in carcere.
Detta presunzione legale di inadeguatezza di qualsiasi altra misura esiste già nel nostro ordina-

mento in quanto inseritavi ad opera dell'art. 5 legge 12 luglio 1991 n. 203 per altri gravi reati (omicidio, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione di stampo mafioso ecc.).
Nel 2009 essa è stata estesa anche ai reati di violenza sessuale, attraverso la modifica del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia
Gli elementi in possesso, offerti dallo schema, inducono a ritenere che i protagonisti della vicenda siano individui di giovane età, con ogni probabilità studenti, ancora conviventi nei nuclei famigliari di origine, ed incensurati.
Si dice ancora che la vittima ha già sporto querela e che gli indagati, ancor prima che fosse loro applicata l'ordinanza di custodia cautelare in carcere, sono stati sottoposti ad interrogatorio, durante il quale non si sono avvalsi della facoltà di non rispondere ed hanno sostanzialmente ripercorso quanto accaduto, senza negare gli addebiti.

Individuazione della fattispecie di rilievo
Stante queste premesse, il quadro delle esigenze cautelari è peculiare: le indagini non presentano esigenze specifiche ed inderogabili, atteso che ancor prima di emettere la relativa ordinanza si è già proceduto in ordine all'acquisizione delle prove (quanto meno a quelle cruciali in materia); la giovane età e la mancanza di mezzi finanziari propri escludono, o rendono improbabile, il pericolo di organizzazione di una fuga, e quanto al rischio di reiterazione del reato allo stesso possono far fronte altre misure cautelari, segnatamente quella degli arresti domiciliari.
Nell'ordinanza cautelare, però, il Giudice per le indagini preliminari ha già evidenziato l'esistenza di una norma che gli impone, persino in casi del genere, di applicare comunque la misura più afflittiva: in altre parole, persino quando l'Autorità richiesta di valutare il quadro cautelare non lo ritenga così grave da giustificare la custodia in carcere, la legge gli vieta ogni possibilità di scelta tra misure cautelari e di opzione per una più graduata.

Opzioni difensive a disposizione
L'osservazione del Giudice che, richiesto dal Pubblico Ministero, ha ristretto in carcere gli indagati, è corretta e si basa sull'esistenza, nel nostro ordinamento, di una presunzione di inadeguatezza di ogni misura cautelare diversa in tema di delitti di violenza sessuale.
Lo sbarramento sembra quindi invalicabile, ma non tiene conto delle profonde modifiche *in subiecta materia*, intervenute a decorrere dal 2010 per opera della Corte Costituzionale, la quale, richiesta di scrutinare l'art. 275, comma 3, c.p.p. laddove non lascia spazio discrezionale al giudice nella scelta della misura cautelare da applicare, si è più volte pronunciata decretandone l'illegittimità.
Da ultimo, anche la Corte di Cassazione è intervenuta sul punto, e con sentenza del 2012 si è espressa in materia di violenza sessuale di gruppo.
Il legale quindi può impostare la redazione dell'atto sulla scorta di queste recenti modifiche alla disposizione che, da sola, ha giustificato l'applicazione della misura custodiale agli indagati.

Schema dell'atto

1. Premessa
L'art. 309 c.p.p. impone un termine per impugnare l'ordinanza che dispone la misura cautelare, e richiama gli artt. 582 e 583 c.p.p. quanto alla forma, ossia all'individuazione del soggetto che presenta l'atto in cancelleria ed ai modi di spedizione dello stesso, ma non impone alcunché in tema di confezione della richiesta di riesame, anzi, demanda fino all'udienza la presentazione dei motivi, anche di merito.
A mente degli artt. 272 e seguenti c.p.p., i motivi da esporre in questo genere di impugnazione afferiscono alle condizioni di applicabilità della misura ed alla sussistenza, o meno, di esigenze cautelari, a cui – soprattutto in casi come quello che ci occupa – si aggiungono ulteriori rilievi in tema di criteri di scelta.
Lo schema per la richiesta di riesame dell'ordinanza custodiale applicata a Tizio deve quindi eccepire:

2. Violazione dell'art. 273 c.p.p. e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare
La prima violazione che si suggerisce di far valere attiene ai c.d. gravi indizi di colpevolezza.
Il fatto commesso in danno della giovane costituisce reato né esistono elementi per ipotizzare che sia stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o di estinzione del reato ovvero di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata.
Ma il ruolo effettivamente ricoperto dall'indagato del quale si è assunto l'incarico difensivo non pare integrare il concetto di "partecipazione", richiesto dall'art. 609-*octies* c.p., né quello di "concorso", morale o materiale, configurato dallo schema 110-609-*bis* c.p.

3. Violazione dell'art. 274 c.p.p. e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare. Nullità dell'ordinanza cautelare
Seguendo ancora lo schema del codice, vengono in considerazione gli argomenti da spendere in tema di esigenze cautelari.
L'art. 274 c.p.p., dall'epoca della sua originaria formulazione ad opera del legislatore del 1988, è stato più volte rimaneggiato, e lo spirito che ha orientato le sue modifiche è sempre stato quello di individuare, quanto più possibile, criteri precisi e rigorosi in presenza dei quali, e solo quando accertato, comprimere la libertà personale altrui.
Il principio ispiratore è da identificare, una volta di più, nell'art. 13 della Costituzione, che impone la sua inviolabilità e non ammette alcuna forma di restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria, in piena operatività del criterio della riserva di legge.

4 .Violazione dell'art. 275 c.p.p. e conseguente inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere
L'ultimo aspetto è peculiare del caso offerto dalla traccia, atteso che affronta i temi della presunzione di (in)adeguatezza della misura più afflittiva tra quelle previste dal codice in tema di violenza sessuale, della incidenza delle modifiche di legge in materia processuale (principio c.d. *tempus regit actum*) e del ruolo della Corte Costituzionale a proposito della norma qui richiamata, che è stata più volte censurata.
L'atto deve prendere in considerazione l'assunto sostenuto dal Giudice per le indagini preli-

minari, ossia la mancanza di alcuna discrezionalità nella scelta della misura cautelare da applicarsi agli indagati di un caso di violenza sessuale di gruppo, e confutarlo sulla scorta delle pronunce additive intervenute sul punto ad opera della Consulta.

5. Profili sanzionatori
La condivisione delle eccezioni così sollevate dalla difesa condurrà il Tribunale del Riesame ad annullare l'ordinanza impugnata e rimettere in libertà l'indagato, o demandare al Giudice un nuovo esame che valuti la possibilità di applicare misure meno afflittive.

6. Conclusioni
Nuovamente selezionati i punti principali delle singole doglianze, il legale quindi conclude l'atto rinnovando la richiesta di remissione in libertà del suo assistito o l'istanza subordinata.

Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito
Il quesito offerto dalla traccia deve essere risolto avendo a mente alcune recenti pronunzie della Corte Costituzionale in materia di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. ed una sentenza della Cassazione, resa proprio in tema di violenza sessuale di gruppo. A questa si aggiungono altri arresti, che le Magistrature superiori hanno reso in materie limitrofe, quali lo spaccio di stupefacenti, l'omicidio e il favoreggiamento di immigrazione clandestina.

Cass. pen., sez. III, 17.12.2009, n. 48162
*L'estensione a mente dell'art. 2 d.l. 11/2009 del novero dei reati rientranti nella previsione del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. ai reati di violenza sessuale – in quanto ricompresi nell'elencazione dell'art. 51 comma 3-*bis *c.p.p. – comporta che anche per questi ultimi debba valere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari originariamente introdotta dall'art. 5 L. 12 luglio 19912 n. 203 per altri gravi reati (575, 630, 416-*bis *ecc.).*
L'estensione della presunzione legale, sia pure non assoluta, di inadeguatezza di ogni altra misura custodiale rispetto a quella carceraria, ai reati di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo "salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate", conseguente alle modifiche introdotte dall'art. 275, comma terzo, c.p.p. dalla legge di conversione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (L. 23 aprile 2009, n. 38) si applica, per il principio tempus regit actum *anche alle misure custodiali ancora in atto e disposte prima della sua entrata in vigore.*
Infatti la modifica dell'art. 275 citato trova applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla normativa precedentemente vigente che siano ancora pendenti, per le quali cioè non siano scaduti i termini di fase o quelli massimi.
In più, per sostituire la misura cautelare con quella della detenzione in carcere si rende sempre necessaria la richiesta del PM.

Corte Cost., 21.07.2010, n. 265
*La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori) convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, primo comma, 609-*bis *e 609-*quater *del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva altresì l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

Cass. pen., sez. III, 11.01.2011, n. 544
*In conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 265 del 21 luglio 2010, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, primo comma, 609-*bis *e 609-*quater *del codice penale è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, va annullata con rinvio per un nuovo giudizio l'ordinanza del Tribunale del Riesame che, in applicazione della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, abbia ritenuto unica misura adeguata la custodia cautelare in carcere nei confronti di soggetto indagato per i reati di cui agli artt. 81 c.p.v., 56, 600-*bis*, 609-*bis, ter *e* quinquies *cod. pen.*

Corte Cost., 12.05.2011, n. 164
La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori) convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 575 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Corte Cost., 12.05.2011, n. 164
*La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art.12, comma 4-*bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

Corte Cost., 22.07.2011, n. 231
La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, del c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74 D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Cass. pen., sez. III, 12.01. 2012, n. 7073
*Con riguardo al delitto di cui all'art. 609-*bis *c.p., l'art. 275, comma 3, c.p.p. pone una presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, che può esser vinta solo mediante l'acquisizione di elementi specifici, in relazione al caso concreto, da cui risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure meno afflittive. Nel caso di specie, in omaggio ai principi enucleati dalla Consulta nella sentenza 21 luglio 2010 n. 265, devono ritenersi non acquisiti detti elementi specifici e quindi dichiarato inammissibile il ricorso tendente ad annullare la decisione del Tribunale del Riesame.*

Cass. pen., sez. II, 20.01. 2012, n. 3171
Il provvedimento che applica la presunzione di pericolosità sociale, di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., all'indagato del reato di associazione per delinquere rivolta allo spaccio di stupefacenti, va annullato limitatamente alla valutazione delle esigenze cautelari, con rinvio al Tribunale per nuovo esame sul punto, in quanto opera un automatismo incompatibile con il principio costituzionale della minore compressione possibile della libertà personale, come esplicato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 231 del 2011.

Cass. pen., sez. III, 20.01.2012, n. 4377
*La presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, prevista dall'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies *cod. pen.) dev'essere interpretata alla luce della sentenza della Corte Cost. 21 luglio 2010, n. 265 che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma processuale, sicché il giudice ha l'obbligo di valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine a tale delitto, se siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

Corte Cost., 18.04.2012, n. 110
La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Si può sul punto in dottrina consultare:

– G. Barrocu, «La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale», in *Diritto pen. e proc.* 2012, 2, 224
– F. Cassella, «Pericolosità sociale non presunta anche per le fattispecie di violenza sessuale», in *Resp. Civ. e prev*. 2011, 03, 0573;
– A. Ferretti, «Possibili misure alternative al carcere anche per lo stupro di gruppo», in *Diritto e Giustizia* 2012, 01,1; V. Rispoli, «La condotta di partecipazione ad associazione mafiosa, tra le necessità di prevenzione e dubbi di motivazione», in *Diritto e Giustizia* 2010, 00, 0189;
– G. Santalucia, «I presupposti per la revoca della custodia cautelare», in *Cass. pen.* 2011, 1206.2.

Svolgimento dell'atto per esteso

Tribunale di <…..>

In funzione di Giudice del Riesame

Riesame *ex* art. 309 c.p.p. dell'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva della custodia cautelare in carcere

Il sottoscritto Avv. <…..>, difensore di Tizio, destinatario in data <…..> della notificazione dell'avviso di deposito <…..> dell'ordinanza che dispone la misura della custodia cautelare in carcere, propone

Richiesta di riesame

anche nel merito e chiede l'annullamento del provvedimento impugnato, per i motivi che espone, e quelli nuovi di cui si riserva l'enunciazione davanti al Giudice della libertà *ex* art. 309, comma 6, c.p.p.

avverso

l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di <….>, emessa nei

confronti di Tizio, nato a <…..> in data <…..>, eseguita in data <…..>, con la quale è stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere.
Indice: 1. Premessa - 2. Violazione dell'art. 273 c.p.p. e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare - 3. Violazione dell'art. 274 c.p.p. e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare - 4. Violazione dell'art. 275 c.p.p. e conseguente inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere - 5. Profili sanzionatori - 6. Conclusioni

1. Premessa
In base all'art. 272 c.p.p. tipiche e nominate sono le figure delle misure cautelari personali, così come tipici e nominati sono i casi, le forme e i presupposti secondo i quali le stesse possono essere adottate. Di talché, in ossequio ai principi di stretta legalità, tassatività e tipicità, deve concludersi che, al di fuori dei casi in cui non siano espressamente consentite le singole norme processuali, non sono ammissibili.
Enunciato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass. pen., sez. unite, 30.05.2006, n. 29907, in *Il merito 2007, 4, 56*), il principio appena ricordato informa di sé tutto il sistema delle misure cautelari personali e deve ritenersi cogente in quanto diretta applicazione del dettame costituzionale di cui all'art. 13 della Costituzione.
L'ordinanza applicativa della misura cautelare in carcere nei confronti di Tizio deve quindi essere annullata poiché adottata al di fuori dei presupposti stabiliti strettamente dalla legge, segnatamente in tema di gravi indizi di colpevolezza e, viepiù, di esigenze cautelari.
Come dichiarato da una giurisprudenza risalente, mai superata, le norme che disciplinano l'applicazione di misure cautelari hanno carattere processuale, ma, per la loro influenza immediata sullo *status libertatis*, hanno infatti rilevanza sostanziale (Cass. pen., sez. VI, 19.02.1998, n. 595, in *Cass. pen. 2000, 977*).

2. Violazione dell'art. 273 c.p.p. e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare. Nullità dell'ordinanza genetica o sua annullabilità.
L'ordinanza impugnata muove dal contenuto della querela presentata nell'immediatezza del fatto da <…..>, giovane vittima di un episodio violento, quando alcuni compagni l'hanno costretta a praticare un rapporto orale, mentre uno di loro ha filmato la scena.
È noto e condivisibile che «in tema di misure cautelari personali, le dichiarazioni accusatorie della persona offesa, ancorché costituita parte civile, possono integrare i gravi indizi necessari per l'applicazione della custodia cautelare in carcere senza necessità di riscontri oggettivi esterni ai fini della valutazione di attendibilità estrinseca» (Cass. pen., sez. V, 26.04.2010, n. 27774, M. in *C.E.D. Cass. pen. 2010,* rv 247883. Vedi anche: Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 2001 n. 43303. In senso conforme: Cass. pen. n. 770 del 2008, Cass. pen. n. 39366 del 2006, Cass. pen. n. 4381 del 1998, Cass. pen., sez. I, 15 marzo 1995 n. 1622, Cass. pen. n. 2468 del 1992), ma è altrettanto indiscusso come la Corte di Cassazione continui a riaffermare che la valutazione del giudice deve essere, in ogni caso, caratterizzata da rigore e prudenza.
Nel caso in esame, la stessa denunciante tratteggia il ruolo del quivi ricorrente e lo descrive con sufficiente precisione ed accuratezza, riferendo che lo stesso è rimasto in disparte mentre gli altri due commettevano violenza, non li ha incitati né li ha in altro modo agevolati, limitandosi a filmare la scena con un telefonino.
L'insegnamento dei Giudici della S.C. in tema di violenza sessuale di gruppo riconosce le pe-

culiarità della fattispecie in esame, la cui gravità comporta pene molto elevate e, pertanto, la cui commissione dev'essere approfondita con particolare accuratezza.
L'art. 609-*octies* c.p. configura un delitto plurisoggettivo a concorso necessario, la cui commissione si distingue dal concorso di persone nel reato di cui all'art. 609-*bis* proprio perché non è sufficiente l'accordo delle volontà dei compartecipi al delitto, ma è necessaria la simultanea, effettiva presenza dei correi nel luogo e nel momento della consumazione del reato, in un rapporto causale inequivocabile.
Nel caso di specie è contestato a Tizio di aver partecipato al comportamento criminoso posto in essere dai coindagati, in quanto era presente nel momento in cui questi ultimi hanno posto in essere la violenza ed aveva fotografato la parte finale dell'episodio, sicché doveva ritenersi acclarata la sua partecipazione attiva e consapevole, non realizzatasi attraverso atti di violenza sessuale ma, comunque, in rapporto causale con quello che i coindagati stavano ponendo in essere.
Sul punto si è assistito ad un mutamento di indirizzo da parte della Corte di Cassazione, che dev'essere qui valorizzato in quanto efficace e rilevante nel caso di specie.
Secondo una prima ricostruzione, in un'ipotesi siffatta l'indagato non si è limitato ad una presenza passiva *in loco* ma deve ritenersi abbia dato un contributo attivo di adesione al comportamento degli altri, posto che ha filmato l'episodio (o meglio, nella vicenda esaminata dalla pronuncia che si sta citando, aveva fotografato la parte finale).
Secondo quanto stabilito dalla pronuncia in esame (Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2010 n. 11560, in *www.cassazione.net*), commette violenza sessuale di gruppo il minorenne che filma l'episodio con il cellulare: ai fini della configurabilità del delitto, infatti, l'espressione "più persone", contenuta nell'art. 609-*octies* c.p., comprende anche l'ipotesi che gli autori del fatto siano soltanto due, precisando che per la sussistenza del reato è necessaria la simultanea ed effettiva presenza di più persone nel luogo e nel momento di consumazione dell'illecito, in un rapporto causale inequivocabile, ma ciò non comporta anche la necessità che ciascun compartecipe ponga in essere un'attività tipica di violenza sessuale, né che realizzi l'intera fattispecie nel concorso contestuale dell'altro o degli altri correi, potendo il singolo realizzare soltanto una frazione del fatto tipico ed essendo sufficiente che la violenza o minaccia provenga anche da uno solo degli agenti.
A confutazione di questa tesi, però, va richiamata quell'altra giurisprudenza della Suprema Corte (Sez. I, 11 ottobre 2000 n. 12089, in *Giurisprudenza penale 2005*, *p. 247 ss.*) la quale ritiene che la sola presenza fisica di un soggetto allo svolgimento dei fatti non assuma univoca rilevanza, allorquando si mantenga in termini di mera passività o connivenza, risolvendosi, invece, in forma concreta di cooperazione delittuosa allorquando la medesima si attui in modo da realizzare un rafforzamento del proposito dell'autore materiale del reato e dell'agevolazione della sua opera e sempreché il concorrente morale si sia rappresentato e abbia partecipato all'evento del reato, esprimendo una volontà criminosa identica a quella dell'autore materiale.
Deve quindi condividersi l'impostazione che ritenga necessaria e imprescindibile la verifica dell'effettivo apporto causale dato al reato da parte del soggetto accusato di concorso, evitando di "saltare" questo passaggio quando si tratti di partecipazione morale. Risulta invero molto risalente la pronuncia della Suprema Corte (Sez. V, 22 novembre 1994, in *Riv. pen., 1995, p. 1026*) per cui «idonea ad integrare la partecipazione morale è anche la mera presenza passiva allorquando la mancata assunzione di qualsiasi iniziativa e il mantenimento di un atteggiamento di "non-intervento" esprimano una condotta obiettivamente e logicamente valutabile come adesione all'altrui azione criminosa, con il correlativo rafforzamento della volontà dell'esecutore materiale».

La S.C. ha in passato anche sostenuto (Sez. I, 10 maggio 1993, A., in *Cass. pen. Mass. ann.*, *1994, p. 53, n. 11344*) che «quando il concorso venga prospettato soltanto sotto la forma del rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, non può pretendersi la prova positiva, obiettivamente impossibile, che senza di esso quel proposito non sarebbe stato attuato, dovendosi invece considerare sufficiente la prova dell'obiettiva idoneità, in base alle regole d'esperienza, della condotta consapevolmente posta in essere dal concorrente a produrre, sia pure in misura modesta, il suddetto rafforzamento».

Ma per la giurisprudenza più recente (Sez. I, 14 febbraio 2007, in *Riv. pen., 2007, 3, p. 323 ss.* e Sez. VI, 6 luglio 2010 in *www.dirittoegiustizia.it*, quotidiano del 28 luglio 2010), «la semplice presenza sul luogo del reato è sufficiente ad integrare gli estremi della partecipazione criminosa, sotto forma di concorso morale, solo se sia servita a fornire all'autore del fatto stimolo all'azione o un maggior senso di sicurezza, palesando chiara adesione alla condotta delittuosa» ([1]).

Ciò non consta nel caso in esame, ove il quivi richiedente contesta di avere a suo carico gravi indizi di commissione de delitto di cui all'artt. 609-*octies* c.p., il quale punisce la violenza sessuale di gruppo consistente «nella partecipazione di più persone riunite ad atti di violenza di cui all'art 609-*bis*», ove il dato testuale fa riferimento a "più persone" ed esplicita una volontà evidente di considerare rilevante la compartecipazione di almeno due soggetti, posto che tale situazione connoterebbe «l'abuso di quel maggior grado di lesività e di maggior compressione della libertà sessuale della vittima che giustifica la configurazione della più grave ipotesi di reato di cui alla disposizione citata».

Ma il comportamento di Tizio si è fermato alla mera presenza inerte, il che varrebbe ad escluderlo dalla qualifica del "gruppo" di cui alla norma in esame.

È noto come non sia richiesto (Cass. pen., sez. III, 12.10.2007, n. 42111) che l'azione dei partecipanti alla violenza sia contemporanea, essendo sufficiente «la mera presenza di tutti anche se l'atto viene posto in essere a turno da ciascuno dei partecipanti», ma anche in tale ricostruzione l'elemento caratterizzante la fattispecie è costituito dall'intimidazione derivante dalla «consapevolezza della vittima di essere in balia di un gruppo di persone presenti sul posto».

Ma da ultimo la Suprema Corte (Cass. pen., sez. III, 20.04.2012**,** in *www.cassazione.net*) ha avuto modo di precisare che «il concetto di partecipazione non può essere limitato nel senso di richiedere il compimento, da parte del singolo, di un'attività tipica di violenza sessuale (ciascun compartecipe, cioè, dovrebbe porre in essere, in tutto o in parte, la condotta descritta nell'art. 609-*bis* c.p.), dovendo invece – secondo un'interpretazione più aderente alle finalità perseguite dal legislatore – ritenersi estesa la punibilità (qualora sia comunque realizzato un fatto di violenza sessuale) a qualsiasi condotta partecipativa, tenuta in una situazione di effettiva presenza, non da mero spettatore, sia pure compiacente, sul luogo ed al momento del fatto, che apporti un reale contributo materiale o morale all'azione collettiva».

Per la configurabilità della violenza sessuale di gruppo è quindi necessaria la simultanea, effettiva presenza dei correi nel luogo e nel momento della consumazione del reato, in un rapporto causale inequivocabile, sicché il concorso di persone nel reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. è divenuto configurabile solo nelle forme dell'istigazione, del consiglio, dell'aiuto o dell'agevolazione da parte di chi non partecipi materialmente all'esecuzione del reato stesso.

[1] *Da Nota Elisa Ceccarelli a Cassazione penale, 13.05.2009 n. 24804, sez. III.*

Sulla scorta di questa interpretazione, deve escludersi che sussistano in capo a Tizio gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 609-*octies* c.p., o in subordine, di cui all'art. 110-609-*bis* c.p.

3. Violazione dell'art. 274 c.p.p. e conseguente inapplicabilità di alcuna misura cautelare. Nullità dell'ordinanza cautelare.

Anche sul fronte delle esigenze cautelari l'ordinanza impugnata pecca di gravi carenze, laddove, anzitutto, non specifica quali possano essere le "specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini" che fondino quel "concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova" di cui l'art. 274 comma 1, lett. a) c.p.p.

Né del resto il Giudice avrebbe potuto indicare nel provvedimento le circostanze di fatto su cui fondare l'accennato pericolo: per contro, risulta dagli atti presentati dal Pubblico Ministero a sostegno della richiesta di emissione della misura come la giovane vittima ha già sporto querela e tutti gli indagati sono stati sottoposti ad interrogatorio, nel quale hanno sostanzialmente ammesso gli addebiti.

La circostanza che Tizio abbia ridimensionato il suo ruolo come quello di uno spettatore inerte, non partecipe, ed abbia negato di aver organizzato l'azione altrui o di averla agevolata, non può ritenersi costitutiva di una situazione di concreto ed attuale pericolo, come specificato dalla norma invocata.

Alcuna valorizzazione, poi, è stata concessa alle condizioni personali dell'indagato, di giovane età, ancora studente, convivente con i genitori, non autonomo economicamente e quindi impossibilitato ad organizzarsi e mantenersi una fuga.

Da ultimo, va ricordato come in tema di misure cautelari personali la valutazione del pericolo di inquinamento probatorio deve essere effettuata con riferimento sia alle prove da acquisire, sia alle fonti di prova già individuate (Cass. pen., sez. V, 26.11.2010, n. 1958 in *C.E.D. Cass. pen. 2010,* rv 249093. Vedi anche: Cass. pen., sez. un., n. 19 del 1994, Cass. pen. n. 13896 del 2010), ed ancora che in tema di esigenze cautelari, ai fini dell'apprezzamento del rischio di recidiva, quanto più ci si distacca dal momento di consumazione del reato e dal contesto che lo ha caratterizzato, tanto più è stringente l'esigenza di una motivazione relativa alla permanenza di una concreta ed effettiva attualità del pericolo di reiterazione, idoneo a giustificare la misura cautelare, che consideri anche aspetti differenti e ulteriori rispetto a quelli propri del fatto in sé considerato e tenga conto, in particolare, delle condotte, dei comportamenti e degli eventi successivi (Cass. pen., sez. VI, 13.10.2010, n. 37575 in *Guida al diritto 2011, 2, 98*).

Il fatto è certamente grave, ma appare estemporaneo, frutto più di circostanze contingenti che di un progetto criminoso idoneo ad essere ripetuto, e comunque, per quanto esposto in questo e nel precedente motivo di riesame, affatto sufficiente – almeno quanto al ruolo del quivi impugnante – ad integrare la fattispecie ascrittagli.

La carenza di precise indicazioni sulle esigenze cautelari, in particolare sul pericolo di inquinamento probatorio, impone *in nuce* la declaratoria di nullità dell'ordinanza impugnata.

4.Violazione dell'art. 275 c.p.p. e conseguente inapplicabilità della misura della custodia cautelare in carcere.

Il sistema delineato dall'art. 275 c.p.p. si ispira, come noto, ai principi della "adeguatezza", per cui il giudice, nell'adottare un provvedimento cautelare, deve tener conto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, e della "proporzionalità", per cui deve sussistere un rapporto

costante sia fra misura applicata ed entità del fatto contestato, sia fra questa e la pena che si ipotizza possa essere irrogata attraverso una prognosi di colpevolezza allo stato degli atti.
La custodia cautelare in carcere è, da sempre, considerata l'*extrema ratio*, da applicarsi solo laddove le esigenze cautelari non possano assolutamente essere soddisfatte mediante altre misure: è quindi richiesta una particolare gravità del reato, per il quale comunque non sia tecnicamente concedibile la sospensione condizionale della pena, o ancora esigenze di eccezionale gravità con riferimento ad alcune situazioni soggettive dell'indagato (genitori di prole di età non superiore a sei anni, ammalati di AIDS).
In questo sistema sono però intervenute nel corso degli anni alcune legislazioni di emergenza, che hanno invertito la tendenza e, per determinate categorie di reati espressamente elencati, hanno introdotto due presunzioni (il D.L. 13 maggio 1991, per cominciare, sul fenomeno mafioso), mantenute dalla controriforma della legge 8 agosto 1995, n. 332 ed infine estese ad opera del D.L. 23 febbraio 2009 n. 11 alla materia dei reati sessuali, della prostituzione minorile, dell'omicidio e dei reati elencati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater,* c.p.p.
Le presunzioni sono una *juris tantum*, di sussistenza delle esigenze cautelari, ed una *juris et de jure*, sulla adeguatezza della custodia cautelare in carcere.
Ma dette presunzioni sono state recentemente superate ad opera della Corte Costituzionale che, sollecitata dai giudici remittenti su alcuni dei delitti per cui operavano le presunzioni in parola, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui non fa salva altresì l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.
Sono stati necessari molti ricorsi affinché la Consulta potesse affrontare il tema, atteso che, soprattutto all'indomani della legislazione "emozionale" di cui al c.d. pacchetto sicurezza del 2009, i giudici di merito e la stessa Cassazione hanno più volte ritenuto infondata la q.l.c., in relazione all'art. 27, comma 2, Cost., della modifica dell'art. 275, comma 3, c.p.p., operata dall'art. 2, comma 1, lett. a *bis*) del D.L. 23 febbraio 2009 n. 11, conv. dalla L. 23 aprile 2009 n. 38 (Cass. pen., sez. III, 01.12.2009, n. 49609, in *C.E.D Cass. pen. 2009*, rv 245751. Vedi anche: Cass. pen., sez. un., 04.11. 1994 n. 16, Cass. pen. n. 40945 del 2009, Cass. pen. n. 10318 del 2008, Cass. pen., sez. III, 25 febbraio 1998 n. 4291).
Ma finalmente, a cominciare dal 2010 e proprio in materia di violenza sessuale, la Consulta ha dichiarato che la norma impugnata viola, *in parte qua*, l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia, nonché per l'irrazionale assoggettamento a un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati, l'art., 13 comma 1, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale e l'art. 27, comma 2, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena (Corte Cost., 21.07.2010, n. 265 in *Cass. pen. 2011, 1, 146*).
Gli argomenti, spesi anche nelle sentenze successive della Consulta, ed usati sin dalla pronuncia del 2010, riprendono anzitutto punti già espressi (come quello per cui la disciplina della materia cautelare debba essere ispirata al criterio del "minore sacrificio necessario", da sentenza n. 299 del 2005): la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto.
In accordo con il modello sopra indicato, il legislatore ha infatti tipizzato un "ventaglio" di misure, di gravità crescente in relazione all'incidenza sulla libertà personale, ed ha affidato la

scelta a due principi ispiratori: adeguatezza e proporzionalità.
La Consulta ha ancora ricordato che il tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare.
Da tali coordinate si discosta in modo vistoso – assumendo, con ciò, carattere derogatorio ed eccezionale – la disciplina attualmente espressa dal secondo e dal terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 cod. proc. pen., introdotta successivamente con decretazione d'urgenza, che racchiude una duplice presunzione. Ma l'estensione operata, da ultimo, con D.L. 23 febbraio 2009 n. 11, riguarda fattispecie penali (omicidio volontario, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, oltre ai delitti "a sfondo sessuale") poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche notevolmente differenti, accomunate unicamente dall'essere i relativi procedimenti assoggettati al regime cautelare speciale in questione.
A dette figure criminose non può estendersi la *ratio* già ritenuta, sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, idonea a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria quanto ai procedimenti relativi a delitti di mafia in senso stretto: vale a dire che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).
Con riguardo ai delitti sessuali in considerazione non è consentito pervenire ad analoga conclusione. La regola di esperienza, in questo caso, è ben diversa: ed è che i fatti concreti, riferibili alle fattispecie in questione (pur a prescindere dalle ipotesi attenuate e considerando quelle ordinarie) non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure.
Per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura.
È quindi intervenuta la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale, estesa, da ultimo, allo specifico delitto di violenza sessuale di gruppo (non rimesso alla Consulta) da parte della Cassazione, III sezione, 1° febbraio 2012 n. 4377, la quale ha ritenuto che i principi esposti nella sentenza citata potessero essergli estesi.
Per questi motivi risulta palese che l'ordinanza impugnata va annullata.

5.Profili sanzionatori
Risulta violata la disposizione processuale, che impone l'esistenza di gravi indizi di colpe-

volezza con riferimento ad un fatto reato, posto che la condotta di Tizio non integra, né sul fronte oggettivo né su quello soggettivo, il delitto di cui all'art. 609-*octies* né quello di cui al combinato disposto artt. 110-609-*bis* c.p.
Risulta altresì infranta la regola relativa alle esigenze cautelari ed in particolare alla scelta della custodia in carcere come misura da irrogare.
Nella disciplina generale dettata in materia dal c.p.p., a fronte della tipizzazione di un "ventaglio" di misure, di gravità crescente (artt. 281-285), il criterio di "adeguatezza" (art. 275, comma 1) – dando corpo al principio del "minore sacrificio necessario" – impone al giudice di scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso di specie. Da tali coordinate si discostava la disciplina dettata dal secondo e dal terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., la quale stabiliva, rispetto ai soggetti raggiunti da gravi indizi di colpevolezza per taluni delitti, una duplice presunzione: relativa, quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari; assoluta, quanto alla scelta della misura, reputando il legislatore adeguata, ove la presunzione relativa non risulti vinta, unicamente la custodia cautelare in carcere, senza alcuna possibile alternativa.
È intervenuta più volte la Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale di tale norma con riferimento a vari reati, dalla violenza sessuale allo spaccio, dall'omicidio al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Per detti reati non possono mutuarsi gli argomenti spesi per mantenere le presunzioni operanti nei riguardi dei delitti di mafia, posto che in un significativo numero di casi le esigenze cautelari potrebbero trovare risposta in misure diverse e meno afflittive, sia in quanto non sia provato il legame, sia in quanto valgano comunque ad assicurare la separazione dell'indiziato dal contesto delinquenziale e ad impedire la reiterazione del reato.
Alla luce delle considerazioni che precedono, la presunzione assoluta sancita dalla norma censurata è stata trasformata in presunzione solo relativa, vinta nel caso di specie.

6. Conclusioni
Per questi motivi si chiede la declaratoria di nullità originaria dell'ordinanza *ex* art. 274, comma 1, lett. a) c.p.p. e in subordine il suo annullamento, eventualmente con rinvio al Giudicante, perché si esprima in ordine alle specifiche ragioni per cui le esigenze cautelari di specie (non) possono essere salvaguardate dall'applicazione di una misura meno afflittiva.

La sentenza in evidenza

Corte Costituzionale, sentenza 21 luglio 2010, n. 265
Codice di procedura penale - Illegittimità costituzionale parziale - Art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. come modificato dall'art. 2, D.L. 23.02.2009, n. 11, convertito con modifiche dalla L. 23.04.2009, n. 38

È costituzionalmente illegittimo l'articolo 275, comma 3°, secondo e terzo periodo, del c.p.p., come modificato dall'articolo 2 del Dl 23 febbraio 2009 n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009 n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-*bis* , comma 1°, 609-*bis* e 609-*quater* del c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. La norma lede il principio del minore sacrificio necessario della libertà personale dell'indagato o dell'imputato in sede di applicazione delle misure cautelari, violando sia l'articolo 3 della Costituzione, per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti

relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento a un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai rispettivi paradigmi punitivi; sia l'articolo 13, primo comma, della Costituzione, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia l'articolo 27, secondo comma, della Costituzione, in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena. Innanzitutto, non può estendersi ai delitti di induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne la *ratio* giustificativa della deroga alla disciplina ordinaria prevista per i procedimenti di mafia, per la quale dalla struttura della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere. Non è consentita analoga conclusione per i citati delitti sessuali, poiché i fatti concreti, riferibili alle relative fattispecie, non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma possono altresì proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure. Per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti integranti i delitti in questione spesso sono meramente individuali e tali da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura. Né la ragionevolezza della norma *de qua* potrebbe essere rinvenuta nella gravità astratta del reato riferita all'entità della pena e all'elevato rango dell'interesse tutelato, poiché questi parametri rilevano in sede di determinazione della sanzione, ma risultano inidonei a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza e del grado delle esigenze cautelari, che condiziona l'identificazione delle misure idonee a soddisfarle. Tanto meno, infine, la presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria potrebbe essere legittimata dall'esigenza di contrastare situazioni di allarme sociale, determinate dall'asserito incremento di tale deplorevole forma di criminalità. L'eliminazione o riduzione dell'allarme sociale non può essere, infatti, annoverata tra le finalità della custodia preventiva, trattandosi di una funzione istituzionale della pena che presuppone la certezza circa il responsabile del reato. Invero, la totale vanificazione del principio di adeguatezza nella scelta della misura cautelare, in difetto di un'idonea *ratio* giustificativa, unita alla presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, orienta lo statuto custodiale verso finalità metacautelari, riservate nel disegno costituzionale alla sanzione penale inflitta all'esito di un giudizio definitivo di responsabilità. Peraltro, al fine di attingere la compatibilità costituzionale della norma censurata, non è necessaria l'integrale rimozione della presunzione in esame, della quale è costituzionalmente inaccettabile il suo carattere assoluto, che si risolve in un'indiscriminata negazione di rilievo al principio del minore sacrificio necessario, anche quando sussistano specifici elementi da cui desumere la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere. La previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza di quest'ultima non eccede, dunque, i limiti di compatibilità con i parametri evocati, evitandosi comunque, in tal modo, l'irrazionale equiparazione dei procedimenti per i delitti sessuali a quelli concernenti la criminalità mafiosa e lasciandosi spazio alla differenziazione delle varie fattispecie concrete. I reati in questione restano assoggettati a un regime cautelare speciale, tuttavia attenuato dalla natura relativa, e quindi superabile, della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria e, perciò, non incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento.

Per il testo integrale dell'ordinanza consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

15. Guida in stato di ebbrezza

(di Stefano Marcolini)

Traccia per la redazione del parere

Il giorno 27 maggio 2012, alle ore 2.30, Tizio, alla guida della propria vettura, viene fermato per un controllo da una pattuglia della Polizia di Stato, sezione stradale, e sottoposto a rilievo etilometrico mediante alcoltest. Il primo test consente di rilevare un tasso alcolemico di 1,53 g/l ma al secondo test la macchina rileva un improbabile tasso di 4,69 g/l, ed immediatamente dopo cessa di funzionare per un guasto.
Tizio viene nondimeno indagato per violazione dell'art. 186, comma 2, lett. c) D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (C.d.S.): gli operanti redigono su un modulo prestampato, che consegnano in copia all'indagato, un "verbale di elezione del domicilio, nomina del difensore e ricevuta di patente ritirata", in cui lo invitano ad eleggere domicilio per le notificazioni (Tizio dichiara di eleggerlo presso la propria residenza), lo avvisano di avere diritto all'assistenza difensiva e lo invitano a nominare un difensore (Tizio dichiara di riservarsi di nominarlo), e danno atto di procedere al ritiro della patente di guida. Nel contesto di tale verbale gli operanti riportano l'esito della prima prova svolta (1,53 g/l), affermano che il valore rilevato nella seconda prova si deve ad una chiara disfunzione dello strumento, del cui guasto danno atto, e dichiarano che comunque Tizio presentava un quadro sintomatologico di alito vinoso, eloquio sconnesso, difficoltà di movimento, sonnolenza.
*Con separato verbale, infine, gli operanti procedono al sequestro della vettura in vista della sua confisca ex artt. 213 e 224-*ter *C.d.S.*
Il giorno dopo, Tizio si reca presso lo studio di un legale, portando con sé copia dei verbali, per informarsi sulle conseguenze giuridiche delle sue azioni e sulle possibili strategie difensive.
Si assumano le vesti del legale e si fornisca risposta al quesito del cliente.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

La redazione di un qualsiasi parere esige una preventiva e preliminare attività di analisi, da parte del candidato, volta all'individuazione dei punti problematici e delle argomentazioni da sviluppare, a partire dai "suggerimenti", in fatto ed in diritto, offerti dalla traccia.
Nel caso di specie, Tizio si reca dal legale per conoscere le conseguenze sulla sua sfera giuridica della contestazione del reato contravvenzionale di guida in stato di ebbrezza, di cui all'art. 186 C.d.S.
Nel rendere a Tizio il parere richiesto, va accuratamente evitato l'errore di "arricchire" gli elementi fattuali forniti dalla traccia con ulteriori circostanze inventate: far ciò potrebbe essere

valutabile in senso decisamente negativo in una eventuale sede concorsuale. Quel che occorre fare, viceversa, è valorizzare (e basarsi unicamente su) gli elementi noti, in quanto direttamente ricavabili, anche quando possano sembrare poveri od insufficienti.
La norma di cui all'art. 186 C.d.S. è stata in effetti oggetto di numerose modifiche e "contromodifiche" nel corso degli ultimi anni, nel segno di un crescente rigore repressivo, per cui la lettura del testo di legge nella sua versione vigente è punto di partenza imprescindibile – ma per nulla scontato! – per ogni considerazione.

Fattispecie di reato, norme penali e norme da cui dipende l'applicazione della legge penale da considerare nella redazione del parere

Art. 186 D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada). Guida sotto l'influenza dell'alcool [(1)].
1. È vietato guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche.
2. Chiunque guida in stato di ebbrezza è punito, ove il fatto non costituisca più grave reato:
a) con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 500 a euro 2.000, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l). All'accertamento della violazione consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi (20);
b) con l'ammenda da euro 800 a euro 3.200 e l'arresto fino a sei mesi, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno;
c) con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto da sei mesi ad un anno, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente di guida è raddoppiata. La patente di guida è sempre revocata, ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI, in caso di recidiva nel biennio. Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato. Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 224-*ter* [(2) (3) (4)].
2-*bis*. Se il conducente in stato di ebbrezza provoca un incidente stradale, le sanzioni di cui al comma 2 del presente articolo e al comma 3 dell'articolo 186-*bis* sono raddoppiate ed è disposto il fermo amministrativo del veicolo per centottanta giorni, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea all'illecito. Qualora per il conducente che provochi un incidente stradale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/1), fatto salvo quanto previsto dal quinto e sesto periodo della lettera c) del comma 2 del presente articolo, la patente di guida è sempre revocata ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI. È fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 222[(5) (6)].
2-*ter*. Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo è il tribunale in composizione monocratica [(7)].
2-*quater*. Le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-*bis* si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti [(8)].
2-*quinquies*. Salvo che non sia disposto il sequestro ai sensi del comma 2, il veicolo, qualora non possa essere guidato da altra persona idonea, può essere fatto trasportare fino al luogo indicato dall'interessato o fino alla più vicina autorimessa e lasciato in consegna al proprietario o al gestore di essa con le normali garanzie per la custodia. Le spese per il recupero ed il trasporto sono interamente a carico del trasgressore ([9]).
2-*sexies*. L'ammenda prevista dal comma 2 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7 [(10)].

2-*septies*. Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma 2-*sexies* non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante [(11)].
2-*octies*. Una quota pari al venti per cento dell'ammenda irrogata con la sentenza di condanna che ha ritenuto sussistente l'aggravante di cui al comma 2-*sexies* è destinata ad alimentare il Fondo contro l'incidentalità notturna di cui all'articolo 6-*bis* del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, e successive modificazioni [(12)].
3. Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.
4. Quando gli accertamenti qualitativi di cui al comma 3 hanno dato esito positivo, [in ogni caso d'incidente ovvero] quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall'influenza dell'alcool, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, hanno la facoltà di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento [(13)].
5. Per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcolemico viene effettuato, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. Copia della certificazione di cui al periodo precedente deve essere tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di polizia che ha proceduto agli accertamenti, al prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza. Si applicano le disposizioni del comma 5-*bis* dell'articolo 187 [(14)].
6. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 o 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), l'interessato è considerato in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 2 [(15)].
7. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c). La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI [(16)] [(17)].
8. Con l'ordinanza con la quale viene disposta la sospensione della patente ai sensi dei commi 2 e 2-*bis*, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119, comma 4, che deve avvenire nel termine di sessanta giorni. Qualora il conducente non vi si sottoponga entro il termine fissato, il prefetto può disporre, in via cautelare, la sospensione della patente di guida fino all'esito della visita medica [(18)].
9. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 e 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2 e 2-*bis*, il prefetto, in via cautelare, dispone la sospensione della patente fino all'esito della visita medica di cui al comma 8 [(19)] [(20)].
9-*bis*. Al di fuori dei casi previsti dal comma 2-*bis* del presente articolo, la pena detentiva e pecuniaria può essere sostituita, anche con il decreto penale di condanna, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 secondo le modalità ivi previste e consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i

centri specializzati di lotta alle dipendenze. Con il decreto penale o con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'articolo 59 del decreto legislativo n. 274 del 2000 di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. In deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità. In caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità, il giudice fissa una nuova udienza e dichiara estinto il reato, dispone la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato. La decisione è ricorribile in cassazione. Il ricorso non sospende l'esecuzione a meno che il giudice che ha emesso la decisione disponga diversamente. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del pubblico ministero o di ufficio, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dei motivi, della entità e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di una volta [21].

(1) Articolo modificato dall'articolo 6 della legge 30 marzo 2001, n. 125 e dall'articolo 13 del DLgs. 15 gennaio 2002, n. 9 e successivamente sostituito dall'articolo 5 del D.L. 27 giugno 2003, n. 151.

(2) Lettera modificata dall'articolo 3, comma 45, della legge 15 luglio 2009, n. 94 e dall'articolo 33, comma 1, lett. a), punto 2) della legge 29 luglio 2010, n. 120. Vedi l'articolo 4 del DLgs. 28 agosto 2000, n. 274.

(3) Comma sostituito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117 e modificato dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.

(4) La Corte Costituzionale, con sentenza 4 giugno 2010, n. 196 (in Gazz. Uff., 9 giugno, n. 23), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presente lettera, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale».

(5) Comma inserito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117.

(6) Comma sostituito dall'articolo 4, comma 1, del D.L. 23 maggio 2008 n. 92 e dall'articolo 33, comma 1, lett. b), della legge 29 luglio 2010, n. 120.

(7) Comma inserito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117.

(8) Comma inserito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117.

(9) Comma inserito dall'articolo 4, comma 1, del D.L. 23 maggio 2008, n. 92.

(10) Comma inserito dall'articolo 3, comma 55, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

(11) Comma inserito dall'articolo 3, comma 55, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

(12) Comma inserito dall'articolo 3, comma 55, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

(13) Comma modificato dall'articolo 6 della legge 30 marzo 2001.

(14) Comma modificato dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117 e dall'articolo 33, comma 1, lett. c) della legge 29 luglio 2010, n. 120.

(15) Vedi l'articolo 4 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

(16) Comma sostituito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117 e modificato dall'articolo 4, comma 1, del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.

(17) Comma modificato dall'articolo 4, comma 1, del D.L. 23 maggio 2008 n. 92.

(18) Comma modificato dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117.

(19) Comma sostituito dall'articolo 5 del D.L. 3 agosto 2007, n. 117 e modificato dall'articolo 4, comma 1, del D.L. 23 maggio 2008, n. 92.

*(20) Vedi l'articolo 6-*bis *del D.L. 3 agosto 2007, n. 117.*

(21) Lettera modificata dall'articolo 33, comma 1, lett. a), punto 1) della legge 29 luglio 2010, n. 120.

Art. 213 D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada). Misura cautelare del sequestro e sanzione accessoria della confisca amministrativa.

1. Nell'ipotesi in cui il presente codice prevede la sanzione accessoria della confisca amministrativa, l'organo di polizia che accerta la violazione provvede al sequestro del veicolo o delle altre cose oggetto della violazione facendone menzione nel processo verbale di contestazione della violazione [1].

2. Salvo quanto previsto dal comma 2-*quinquies*, nelle ipotesi di cui al comma 1, il proprietario ovvero, in caso di sua assenza, il conducente del veicolo o altro soggetto obbligato in solido, è nominato custode con l'obbligo di depositare il veicolo in un luogo di cui abbia la disponibilità o di custodirlo, a proprie spese, in un luogo non sottoposto a pubblico passaggio provvedendo al trasporto in condizioni di sicurezza per la circolazione stradale. Il documento di circolazione è trattenuto presso l'ufficio di appartenenza dell'organo di polizia che ha accertato la violazione. Il veicolo deve recare segnalazione visibile dello stato di sequestro con le modalità stabilite nel regolamento. Di ciò è fatta menzione nel verbale di contestazione della violazione [(2)].

2-*bis*. Entro i trenta giorni successivi alla data in cui, esauriti i ricorsi anche giurisdizionali proposti dall'interessato o decorsi inutilmente i termini per la loro proposizione, è divenuto definitivo il provvedimento di confisca, il custode del veicolo trasferisce il mezzo, a proprie spese e in condizioni di sicurezza per la circolazione stradale, presso il luogo individuato dal prefetto ai sensi delle disposizioni dell'articolo 214-*bis*. Decorso inutilmente il suddetto termine, il trasferimento del veicolo è effettuato a cura dell'organo accertatore e a spese del custode, fatta salva l'eventuale denuncia di quest'ultimo all'autorità giudiziaria qualora si configurino a suo carico estremi di reato. Le cose confiscate sono contrassegnate dal sigillo dell'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha proceduto al sequestro. Con decreto dirigenziale, di concerto fra il Ministero dell' interno e l'Agenzia del demanio, sono stabilite le modalità di comunicazione, tra gli uffici interessati, dei dati necessari all'espletamento delle procedure di cui al presente articolo[(3)] .

2-*ter*. All'autore della violazione o ad uno dei soggetti con il medesimo solidalmente obbligati che rifiutino di trasportare o custodire, a proprie spese, il veicolo, secondo le prescrizioni fornite dall'organo di polizia, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da Euro 1.725,00 a Euro 6.903,00, nonché la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a tre mesi. In questo caso l'organo di polizia indica nel verbale di sequestro i motivi che non hanno consentito l'affidamento in custodia del veicolo e ne dispone la rimozione ed il trasporto in un apposito luogo di custodia individuato ai sensi delle disposizioni dell' articolo 214-*bis*. La liquidazione delle somme dovute alla depositeria spetta alla prefettura - ufficio territoriale del Governo. Divenuto definitivo il provvedimento di confisca, la liquidazione degli importi spetta all'Agenzia del demanio, a decorrere dalla data di trasmissione del provvedimento da parte del prefetto [(3)].

2-*quater*. Nelle ipotesi di cui al comma 2-*ter*, l'organo di polizia provvede con il verbale di sequestro a dare avviso scritto che, decorsi dieci giorni, la mancata assunzione della custodia del veicolo da parte del proprietario o, in sua vece, di altro dei soggetti indicati nell'articolo 196 o dell'autore della violazione, determinerà l'immediato trasferimento in proprietà al custode, anche ai soli fini della rottamazione nel caso di grave danneggiamento o deterioramento. L'avviso è notificato dall'organo di polizia che procede al sequestro contestualmente al verbale di sequestro. Il termine di dieci giorni decorre dalla data della notificazione del verbale di sequestro al proprietario del veicolo o ad uno dei soggetti indicati nell'articolo 196. Decorso inutilmente il predetto termine, l'organo accertatore trasmette gli atti al prefetto, il quale, entro i successivi 10 giorni, verificata la correttezza degli atti, dichiara il trasferimento in proprietà, senza oneri, del veicolo al custode, con conseguente cessazione di qualunque onere e spesa di custodia a carico dello Stato. L'individuazione del custode-acquirente avviene secondo le disposizioni dell'articolo 214-*bis*. La somma ricavata dall'alienazione è depositata, sino alla definizione del procedimento in relazione al quale è stato disposto il sequestro, in un autonomo conto fruttifero presso la tesoreria dello Stato. In caso di confisca, questa ha ad oggetto la somma depositata; in ogni altro caso la medesima somma è restituita all'avente diritto. Per le altre cose oggetto del sequestro in luogo della vendita è disposta la distruzione. Per le modalità ed il luogo della notificazione si applicano le disposizioni di cui all'articolo 201, comma 3. Ove risulti impossibile, per comprovate difficoltà oggettive, procedere alla notifica del verbale di sequestro integrato dall'avviso scritto di cui al presente comma, la notifica si ha per eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello di affissione dell'atto nell'albo del comune dov'è situata la depositeria [(3)].

2-*quinquies*. Quando oggetto della sanzione accessoria del sequestro amministrativo del veicolo è un ciclomotore o un motociclo, l'organo di polizia che procede dispone la rimozione del veicolo ed il suo trasporto, secondo le modalità previste dal regolamento, in un apposito luogo di custodia, individuato ai sensi dell'articolo 214-*bis*, dove è custodito per trenta giorni. Di ciò è fatta menzione nel verbale di conte-

stazione della violazione. Decorsi trenta giorni dal momento in cui il veicolo è fatto trasportare nel luogo di custodia individuato ai sensi dell'articolo 214-*bis*, il proprietario del veicolo può chiederne l'affidamento in custodia secondo le disposizioni del comma 2. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del comma 2-*bis*. Le disposizioni del comma 2-*quater* si applicano decorsi trenta giorni dal momento in cui il veicolo è stato sottoposto a sequestro amministrativo [(4)].
2-*sexies.* È sempre disposta la confisca del veicolo in tutti i casi in cui un ciclomotore o un motoveicolo sia stato adoperato per commettere un reato, sia che il reato sia stato commesso da un conducente maggiorenne, sia che sia stato commesso da un conducente minorenne [(4)(8)].
3. Avverso il provvedimento di sequestro è ammesso ricorso al prefetto ai sensi dell'articolo 203. Nel caso di rigetto del ricorso, il sequestro è confermato. La declaratoria di infondatezza dell'accertamento si estende alla misura cautelare ed importa il dissequestro del veicolo. Quando ne ricorrono i presupposti, il prefetto dispone la confisca con l'ordinanza-ingiunzione di cui all'articolo 204, ovvero con distinta ordinanza, stabilendo, in ogni caso, le necessarie prescrizioni relative alla sanzione accessoria. Il prefetto dispone la confisca del veicolo ovvero, nel caso in cui questo sia stato alienato, della somma ricavata dall'alienazione. Il provvedimento di confisca costituisce titolo esecutivo anche per il recupero delle spese di trasporto e di custodia del veicolo. Nel caso in cui nei confronti del verbale di accertamento o dell'ordinanza-ingiunzione o dell'ordinanza che dispone la sola confisca sia proposta opposizione innanzi all'autorità giudiziaria, la cancelleria del giudice competente dà comunicazione al prefetto, entro dieci giorni, della proposizione dell'opposizione e dell'esito del relativo giudizio [(5)].
4. Chiunque, durante il periodo in cui il veicolo è sottoposto al sequestro, circola abusivamente con il veicolo stesso è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da Euro 1.886,00 a Euro 7.546,00. Si applica la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente da uno a tre mesi [(6)].
5. *Omissis* [(7)].
6. La sanzione stabilita nel comma 1 non si applica se il veicolo appartiene a persone estranee alla violazione amministrativa e l'uso può essere consentito mediante autorizzazione amministrativa.
7. Il provvedimento con il quale è stata disposta la confisca del veicolo è comunicato dal prefetto al P.R.A. per l'annotazione nei propri registri.
(1) Comma modificato dall'articolo 112 del D.Lgs. 10 settembre 1993, n. 360.
*(2) Comma sostituito dall'articolo 38 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 e successivamente modificato dall'articolo 5-*bis *del D.L. 30 giugno 2005, n. 115.*
(3) Comma inserito dall'articolo 38 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269. Con D.M. 24 dicembre 2002, con D.M. 22 dicembre 2004 , con D.M. 17 dicembre 2008 e con D.M. 22 dicembre 2010, la sanzione è stata così aggiornata come previsto dall'articolo 195 C.d.S.
*(4) Comma inserito dall'articolo 5-*bis *del D.L. 30 giugno 2005, n. 115.*
(5) Comma sostituito dall'articolo 38 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269.
(6) Comma modificato dall'articolo 19 del D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507. Con D.M. 24 dicembre 2002, con D.M. 22 dicembre 2004 , con D.M. 29 dicembre 2006, con D.M. 17 dicembre 2008 e con D.M. 22 dicembre 2010, la sanzione è stata così aggiornata come previsto dall'articolo 195 C.d.S.
(7) Comma abrogato dall'articolo 38 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269.
(8) Comma sostituito dall'articolo 2, comma 169, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262.

Art. 224-*ter* D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada). Procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative accessorie della confisca amministrativa e del fermo amministrativo in conseguenza di ipotesi di reato. [(1)]
1. Nelle ipotesi di reato per le quali è prevista la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo, l'agente o l'organo accertatore della violazione procede al sequestro ai sensi delle disposizioni dell'articolo 213, in quanto compatibili. Copia del verbale di sequestro è trasmessa, unitamente al rapporto, entro dieci giorni, dall'agente o dall'organo accertatore, tramite il proprio comando o ufficio, alla prefettura-ufficio territoriale del Governo del luogo della commessa violazione. Il veicolo sottoposto a sequestro è affidato ai soggetti di cui all'articolo 214-*bis*.

2. Nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo, il cancelliere del giudice che ha pronunciato la sentenza o il decreto divenuti irrevocabili ai sensi dell'articolo 648 del codice di procedura penale, nel termine di quindici giorni, ne trasmette copia autentica al prefetto affinché disponga la confisca amministrativa ai sensi delle disposizioni dell'articolo 213 del presente codice, in quanto compatibili.
3. Nelle ipotesi di reato per le quali è prevista la sanzione amministrativa accessoria del fermo amministrativo del veicolo, l'agente o l'organo accertatore della violazione dispone il fermo amministrativo provvisorio del veicolo per trenta giorni, secondo la procedura di cui all'articolo 214, in quanto compatibile.
4. Quando la sentenza penale o il decreto di accertamento del reato e di condanna sono irrevocabili, anche se è stata applicata la sospensione della pena, il cancelliere del giudice che ha pronunciato la sentenza o il decreto, nel termine di quindici giorni, ne trasmette copia autentica all'organo di polizia competente affinché disponga il fermo amministrativo del veicolo ai sensi delle disposizioni dell'articolo 214, in quanto compatibili.
5. Avverso il sequestro di cui al comma 1 e avverso il fermo amministrativo di cui al comma 3 del presente articolo è ammessa opposizione ai sensi dell'articolo 205.
6. La declaratoria di estinzione del reato per morte dell'imputato importa l'estinzione della sanzione amministrativa accessoria. Nel caso di estinzione del reato per altra causa, il prefetto, ovvero, in caso di fermo, l'ufficio o il comando da cui dipende l'agente o l'organo accertatore della violazione, verifica la sussistenza o meno delle condizioni di legge per l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria e procede ai sensi degli articoli 213 e 214, in quanto compatibili. L'estinzione della pena successiva alla sentenza irrevocabile di condanna non ha effetto sull'applicazione della sanzione amministrativa accessoria.
7. Nel caso di sentenza irrevocabile di proscioglimento, il prefetto, ovvero, nei casi di cui al comma 3, l'ufficio o il comando da cui dipende l'agente o l'organo accertatore della violazione, ricevuta la comunicazione della cancelleria, ordina la restituzione del veicolo all'intestatario. Fino a tale ordine, sono fatti salvi gli effetti del fermo amministrativo provvisorio disposto ai sensi del citato comma 3.
(1) Articolo inserito dall'articolo 44, comma 1, della legge 29 luglio 2010, n. 120.

Art. 379 D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 (regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada). Guida sotto l'influenza dell'alcool (art. 186 C.s.).
1. L'accertamento dello stato di ebbrezza ai sensi dell'articolo 186, comma 4, del codice si effettua mediante l'analisi dell'aria alveolare espirata: qualora, in base al valore della concentrazione di alcool nell'aria alveolare espirata, la concentrazione alcolemica corrisponda o superi 0,8 grammi per litro (g/l), il soggetto viene ritenuto in stato di ebbrezza [(1)].
2. La concentrazione di cui al comma 1 dovrà risultare da almeno due determinazioni concordanti effettuate ad un intervallo di tempo di 5 minuti.
3. Nel procedere ai predetti accertamenti, ovvero qualora si provveda a documentare il rifiuto opposto dall'interessato, resta fermo in ogni caso il compito dei verbalizzanti di indicare nella notizia di reato, ai sensi dell' articolo 347 del codice di procedura penale, le circostanze sintomatiche dell'esistenza dello stato di ebbrezza, desumibili in particolare dallo stato del soggetto e dalla condotta di guida.
4. L'apparecchio mediante il quale viene effettuata la misura della concentrazione alcoolica nell'aria espirata è denominato etilometro [e può misurare globalmente, oltre quella dell'alcool etilico, anche la concentrazione di alcool metilico e di alcool isopropilico]. Esso, oltre a visualizzare i risultati delle misurazioni e dei controlli propri dell'apparecchio stesso, deve anche, mediante apposita stampante, fornire la corrispondente prova documentale [(2)].
5. Gli etilometri devono rispondere ai requisiti stabiliti con disciplinare tecnico approvato con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione di concerto con il Ministro della sanità. I requisiti possono essere aggiornati con provvedimento degli stessi Ministri, quando particolari circostanze o modificazioni di carattere tecnico lo esigano[(2)].
6. La Direzione generale della M.C.T.C. provvede all'omologazione del tipo degli etilometri che, sulla base delle verifiche e prove effettuate dal Centro Superiore Ricerche e Prove Autoveicoli e Dispositivi (CSRPAD), rispondono ai requisiti prescritti.

7. Prima della loro immissione nell'uso gli etilometri devono essere sottoposti a verifiche e prove presso il CSRPAD (visita preventiva).
8. Gli etilometri in uso devono essere sottoposti a verifiche di prova dal CSRPAD secondo i tempi e le modalità stabiliti dal Ministero dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministero della sanità. In caso di esito negativo delle verifiche e prove, l'etilometro è ritirato dall'uso(2).
9. Il Ministero dei trasporti e della navigazione determina, aggiornandolo, l'ammontare dei diritti dovuti dai richiedenti per le operazioni previste nei commi 6, 7 e 8(2).
(1) Vedi l'articolo 186 del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285.
(2) Comma così modificato dall'art. 215, D.P.R. 16 settembre 1996, n. 610.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

La redazione del parere inizia con una breve premessa in grado di condurre il lettore ad individuare gli aspetti fondamentali del problema. La premessa consiste in un riassunto della vicenda: non una mera e pigra parafrasi della traccia, ma una esposizione personale dei soli elementi fattuali di essa che si intendono valorizzare nello sviluppo del parere, con abbandono delle circostanze che, invece, si ritengono inutili.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

Nel caso di specie, in punto di fatto va evidenziato con il dovuto rilievo l'elemento centrale di tutta la vicenda: Tizio è stato sottoposto ad un primo, valido test alcolemico, mentre il secondo appare frutto di un chiaro errore dell'etilometro (una persona con un tasso di 4,69 g/l dovrebbe essere ben più che in coma), che infatti subito dopo si guasta. La legge (il regolamento di esecuzione al codice della strada, per la precisione) prescriverebbe due rilievi conformi; per supplire a tale mancanza gli operanti di polizia hanno proceduto al c.d. accertamento sintomatologico.

Individuazione delle fattispecie di rilievo

L'individuazione del reato da considerare (e dal quale difendersi) non appare minimamente problematica: sono gli stessi operanti di polizia ad operare il primo inquadramento giuridico del fatto, riconducendolo alla fattispecie di guida in stato di ebbrezza. Bisognerà piuttosto chiedersi se è davvero pacifico che ricorra, in questo caso, la fattispecie più grave delle tre previste.

Opzioni difensive a disposizione. Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere

Giurisprudenza

La traccia non esige solo di determinare il reato configurabile a carico di Tizio, ma anche quali possano essere, a fronte della contestazione, le strategie difensive. In particolare, mancando il doppio accertamento strumentale richiesto (per espresso riconoscimento degli operanti), occorre chiedersi se gli organi accertatori possano ancora utilmente fare ricorso al c.d. accertamento sintomatologico e, in caso affermativo, se il *favor rei* possa consentire di derubricare la condotta, attualmente riportata alla più grave lett. c), ad una lett. b) o addirittura alla lett. a) della norma in considerazione.

Il reato di cui all'art. 186 C.d.S. ha impegnato la giurisprudenza su molteplici fronti. Si vedano, tra le più recenti, le seguenti massime, utili per la risoluzione del caso:

Cass. pen., sez. IV, 26-01-2011, n. 16548, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 25, 71
In tema di guida in stato di ebbrezza, l'omesso deposito del verbale contenente gli esiti del cosiddetto alcooltest non integra alcuna nullità, ma costituisce una mera irregolarità che non incide sulla validità e utilizzabilità dell'atto, rilevando solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive. In ogni caso, laddove pure volesse prospettarsi una qualsiasi nullità nella procedura di effettuazione dell'alcooltest, si tratterebbe di una nullità a regime intermedio che, ai sensi dell'art. 182, comma 2 c.p.p., deve essere eccepita prima del compimento dell'atto o, se non è possibile, immediatamente dopo»; nonché *ivi*, 73: «*in tema di guida in stato di ebbrezza, l'accertamento strumentale per l'individuazione dello stato di ebbrezza (cosiddetto alcooltest) costituisce atto urgente sullo stato delle persone disciplinato dall'art. 354 c.p.p. al quale il difensore può assistere in virtù del successivo art. 356, senza diritto a essere previamente avvisato del compimento dell'atto: di questa facoltà la persona sottoposta alle indagini deve essere avvisata (art. 114 delle disposizioni di attuazione c.p.p.), ma non è a tal fine prevista la nomina di un difensore di ufficio. Se difetta l'avvertimento si verifica una nullità a regime intermedio, che deve ritenersi sanata se non è dedotta prima del compimento dell'atto oppure, se ciò non è possibile, immediatamente dopo il compimento dell'atto, ai sensi dell'art. 182, comma 2 c.p.p.» (nella specie, la Corte ha ritenuto sanata l'invalidità in quanto, successivamente al compimento dell'atto, non era stata eccepita la nullità, e ciò anche dopo la nomina del difensore di fiducia e la proposizione da parte di quest'ultimo dell'opposizione a decreto penale).*

Giudice di pace Bari, 31-12-2011, n. 7090, in *Giurisprudenzabarese.it* 2011
Esula dall'ambito del procedimento disciplinato dalla l. 24 novembre 1981 n. 689, e dei relativi poteri del Giudice di pace, non soltanto l'annullamento del verbale di accertamento concernente la condotta prevista dagli artt. 186 e 187 C.d.S., redatto a fini penali, ma anche l'accertamento dell'esistenza del reato ipotizzato nel verbale stesso che è devoluta al giudice penale, essendo, invece, la competenza del Giudice di pace limitata alla verifica della legittimità della sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida, e, quindi, all'accertamento della sussistenza del fatto contestato solo nei limiti in cui tale accertamento sia funzionale alla valutazione della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria, atteso che in presenza dell'accertamento compiuto dai verbalizzanti della suddetta ipotesi di reato il Prefetto è tenuto, ai sensi dell'art. 223, comma 3 C.d.S., a disporre la misura cautelare della sospensione della patente di guida, a differenza dell'ipotesi di cui al comma 2 della norma citata in cui il provvedimento di sospensione postula la verifica di fondati elementi di un'evidente responsabilità in ordine ai reati denunciati ai sensi dell'art. 222, commi 2 e 3 C.d.S. (casi in cui dalla violazione amministrativa siano derivati danni alle persone).

Giudice di pace Bari, 24-12-2011, n. 7004, in *Giurisprudenzabarese.it* 2011
La lettura ragionata delle disposizioni di cui all'art. 186, commi 2, lett. b, e 9, nonché dell'art. 223, comma 3 C.d.S. consente di affermare che la guida in stato di ebbrezza costituisce illecito punito in sede penale con le sanzioni indicate nell'art. 186, comma 2, e pur tuttavia il Prefetto, prima ancora della definizione del giudizio penale (e persino a prescindere dall'inizio dell'azione penale, della presentazione della querela e dell'eventuale sopravvenuto difetto di essa), ai sensi dell'art. 223 C.d.S. è tenuto a sospendere in via cautelare la patente di guida fino al massimo di anni 1, allo scopo di tutelare l'incolumità e l'ordine pubblico, impedendo al conducente di continuare nella guida. Vi è, dunque, correlazione tra la contestazione ex art. 186, comma 2, di guida in stato di ebbrezza e sanzione della sospensione cautelate della patente disposta dal Prefetto ai sensi dell'art. 223.

Cass. pen., sez. IV, 12-10-2011, n. 43017, in *C.E.D.*, rv. 251004
Ai fini della configurazione del reato di guida in stato di ebbrezza, detto stato può essere desunto, anche nella vigenza del sopravvenuto regime sanzionatorio, da elementi sintomatici: peraltro, la possibilità per il

giudice di avvalersi, ai fini dell'affermazione della sussistenza dello stato di ebbrezza, delle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori sarà il più delle volte da circoscriversi alla sola fattispecie meno grave (fattispecie nella quale, in difetto di significativi, concreti ed univoci elementi fattuali per ritenere sussistente nell'organismo dell'imputato, al momento del controllo, un tasso alcolemico superiore a 0,8 g/l, il fatto addebitatogli è stato ricondotto all'ipotesi meno grave, all'epoca di commissione prevista e punita come contravvenzione, e successivamente depenalizzata).

Cass. pen., sez. IV, 13-07-2011, n. 34372, in *Foro it.*, 2011, II, 656

*In caso di guida in stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti, aggravata dalla commissione del fatto in ora notturna, è obbligatorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 186, commi 2-*sexies*, 2-*septies*, e 187, comma 1-*quater*, C.d.S., il pregiudiziale aumento della pena-base (solo pecuniaria), con successiva applicazione delle (eventuali) attenuanti concorrenti» (nella specie, è stata annullata senza rinvio la sentenza,* ex *art. 444 c.p.p., che aveva fissato la pena finale, previo giudizio di equivalenza tra la detta aggravante speciale e le attenuanti generiche).*

Cass. pen., sez. IV, 16-06-2011, n. 34081, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 46, 95

*La diminuzione fino a un terzo in caso di patteggiamento della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente, prevista dall'art. 222, comma 2-*bis *C.d.S., si applica solo ai casi di violazioni delle norme del codice della strada disciplinate dalla stessa norma, quelle cioè dei reati di lesioni e omicidio colposi commessi con violazione delle norme del codice della strada. Per le altre ipotesi di contravvenzioni previste dal codice della strada, tra cui quella della guida sotto l'influenza dell'alcool, deve invece seguirsi la regola generale secondo cui il patteggiamento non si estende alla determinazione della sanzione amministrativa accessoria.*

Cass. pen., sez. IV, 09-06-2011, n. 28787, in *C.E.D.*, rv. 250714

Ai fini della configurazione del reato di guida in stato di ebbrezza, lo stato di ebbrezza può essere accertato, per tutte le ipotesi attualmente previste dall'art. 186 C.d.S., con qualsiasi mezzo, e quindi anche su base sintomatica, indipendentemente dall'accertamento strumentale, dovendosi comunque ravvisare l'ipotesi più lieve, priva di rilievo penale, quando, pur risultando accertato il superamento della soglia minima, non sia possibile affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta dell'agente rientri nell'ambito di una delle due altre ipotesi, che conservano rilievo penale.

Trib. La Spezia, 21-03-2011, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 408

Dopo le modifiche apportate all'art. 186 prima dal d.l. 3 agosto 2007, n. 117, conv. con modificazioni nella l. 2 ottobre 2007, n. 160, poi dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modificazioni nella l. 24 luglio 2008, n. 125, lo stato di ebbrezza può essere accertato dal giudice, sulla base delle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori, unicamente con riguardo alla fattispecie meno grave di cui all'art. 186, comma 2, lett. a) C.d.S. Ne consegue che, essendo stata successivamente tale fattispecie depenalizzata dalla l. n. 120 del 2010, l'accertamento dello stato di ebbrezza effettuato sulla base di indici sintomatici è punibile come mero illecito amministrativo.

Cass. pen., sez. IV, 17-12-2010, n. 2632, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 13, 69

*A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 33 l. 29 luglio 2010, n. 120 agli artt. 186 e 187 C.d.S., la confisca del veicolo, ivi prevista come obbligatoria, ha assunto natura di "sanzione amministrativa accessoria", e non più penale: ne deriva che, in vista della confisca, deve ormai escludersi che possa procedersi al sequestro preventivo del veicolo ai sensi dell'art. 321, comma 2 c.p.p., giacché, in base a quanto disposto dall'art. 224-*ter *C.d.S., il sequestro ai fini della confisca del veicolo deve essere operato esclusivamente dall'autorità amministrativa.*

Cass. pen., sez. III, 02-12-2010, n. 12025, in *C.E.D.*, rv. 249941
In tema di guida in stato di ebbrezza, l'omesso deposito del verbale contenente gli esiti del cosiddetto "alcoltest" non integra alcuna nullità, ma costituisce una mera irregolarità che non incide sulla validità o sull'utilizzabilità dell'atto, rilevando solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive.

Cass. pen., sez. IV, 24-11-2010, n. 170, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 281
In tema di guida in stato di ebbrezza, la confisca del veicolo prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., nel testo ultimamente novellato dalla l. 29 luglio 2010, n. 120, per il caso in cui il tasso alcolemico sia risultato superiore ad 1,5 grammi per litro, ha assunto carattere di sanzione amministrativa accessoria, senza che ciò, peraltro, precluda la possibilità, ricorrendone i necessari presupposti, che il medesimo veicolo sia sottoposto a sequestro preventivo penale ai sensi dell'art. 321 c.p.p., in quanto cosa pertinente a reato, quale continua ad essere qualificato l'illecito di cui alla suindicata disposizione normativa.

Cass. pen., sez., IV, 20-10-2010, n. 2560, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 18, 75
In tema di guida in stato di ebbrezza, l'omesso deposito del verbale contenente gli esiti del cosiddetto alcooltest non integra alcuna nullità, ma costituisce una mera irregolarità che non incide sulla validità e utilizzabilità dell'atto, rilevando solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive. In ogni caso, laddove pure volesse prospettarsi una qualsiasi nullità nella procedura di effettuazione dell'"alcooltest" (in relazione, ad esempio, al mancato avviso, da parte della polizia giudiziaria, della facoltà per il soggetto di farsi assistere da un difensore), si tratterebbe di una nullità a regime intermedio che deve essere eccepita prima del compimento dell'atto o, se non è possibile, immediatamente dopo, onde l'eccezione sarebbe tardiva quando fosse dedotta a distanza di parecchi giorni e in occasione di un primo atto successivo del procedimento.

Corte Cost., 04-06-2010, n. 196, in *Giur. cost.*, 2010, 2308
È costituzionalmente illegittimo l'art. 186, comma 2, lett. c), del codice della strada, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. b) d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv., con modificazioni, in l. 24 luglio 2008 n. 125, limitatamente alle parole «ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale». Il riferimento all'art. 240, comma 2, c.p., contenuto nella disposizione censurata – la quale prevede che, in caso di condanna o di patteggiamento per il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool, «è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato» – comporta l'applicazione retroattiva della confisca anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2008, secondo il regime proprio delle misure di sicurezza che, ai sensi dell'art. 200 c.p., sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e ciò anche se, nella specie, la confisca, al di là della sua qualificazione formale, ha natura essenzialmente sanzionatoria, e non di misura di sicurezza in senso proprio, e riveste una funzione meramente repressiva e non preventiva, con ciò risultando violato il principio di irretroattività della pena sancito dall'art. 7 della Cedu, ed esteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo, già desumibile dall'art. 25, comma 2, cost., che, per l'ampiezza della sua formulazione, può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, non avente prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non riconducibile alle misure di sicurezza in senso stretto), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato. Ne consegue la illegittimità della disposizione censurata limitatamente alle parole "ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale", dalle quali soltanto deriva l'applicazione retroattiva della misura.

Cass. pen., sez., IV, 11-02-2010, n. 10686, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 19, 79
Le ipotesi incriminatrici previste rispettivamente dalle lett. a), b) e c) del comma 2 dell'art. 186 C.d.S. integrano fattispecie autonome di reato: si tratta di disposizioni in ordine crescente di gravità, modellata sul tasso alcolemico accertato, che sono caratterizzate, tra loro, da un rapporto di reciproca alternatività e, quindi, di incompatibilità», nonché in *Guida dir.*, fasc. 20, 91: «*ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui*

all'art. 186 C.d.S., anche a seguito della novella riformatrice di cui al d.l. 3 agosto 2007, n. 117, conv. dalla l. 2 ottobre 2007, n. 160, che, sostituendo il comma 2 della suddetta norma incriminatrice, ha solo determinato un differenziato trattamento sanzionatorio a seconda del valore del tasso alcolemico riscontrato attraverso la costruzione di tre distinte fattispecie di reato, il giudice può pur sempre formare il suo libero convincimento in base a elementi probatori acquisiti diversi dall'esito dell'alcooltest, ai sensi dei principi generali in materia di prova (principio del libero convincimento, assenza di prove legali, necessità che la prova non dipenda dalla discrezionale volontà della parte interessata). Peraltro, la possibilità per il giudice di avvalersi, ai fini dell'affermazione della sussistenza dello stato di ebbrezza, delle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori sarà il più delle volte da circoscriversi alla sola fattispecie meno grave, quella di cui al comma 2, lett. a), dell'art. 186.

Cass. pen., sez. IV, 04-12-2009, n. 48026, in *C.E.D.*, rv. 245802
Ai fini della configurazione del reato di guida in stato di ebbrezza (pur dopo le modifiche apportate all'art. 186 C.d.S. dall'art. 4, comma 1, lett. d), d.l. n. 92 del 2008, conv. con modificazioni in l. n. 125 del 2008), lo stato di ebbrezza può essere accertato dal giudice, sulla base delle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori, ma unicamente con riguardo alla fattispecie meno grave di cui all'art. 186, comma 2, lett. a) C.d.S.

Cass. pen., sez., IV, 05-02-2009, n. 18958, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 23, 82
Ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 186 C.d.S., anche a seguito della novella riformatrice di cui al d.l. 3 agosto 2007, n. 117, conv. dalla l. 2 ottobre 2007, n. 160, che, sostituendo il comma 2 della suddetta norma incriminatrice, ha determinato un differenziato trattamento sanzionatorio a seconda del valore del tasso alcolemico riscontrato, configurando in proposito tre distinte fattispecie incriminatrici, il giudice può formare il suo libero convincimento anche in base alle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori, pur se tale possibilità deve circoscriversi alla sola fattispecie meno grave prevista dalla lett. a) del comma 2 dell'art. 186, imponendosi, invece, per le ipotesi più gravi (lett. b) e e) del citato comma 2) l'accertamento tecnico del livello effettivo di alcool.

In particolare, sui problemi relativi alla confisca del veicolo guidato al momento della commissione del reato:
Cass. pen., sez. IV, 20-03-2012, n. 10912
A inibire la confisca obbligatoria del veicolo guidato dal trasgressore nelle ipotesi più gravi di guida in stato di ebbrezza (articolo 186, comma 2° lettera c), del codice della strada: tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro) è l'"appartenenza" del veicolo a «persona estranea al reato»; non integra, peraltro, la nozione di «appartenenza a persona estranea al reato» la mera intestazione a terzi del veicolo, quando precisi elementi di fatto consentano di ritenere che l'intestazione sia del tutto fittizia o che, in realtà, sia l'autore dell'illecito ad avere la sostanziale disponibilità del bene. (Nella specie, la confisca del veicolo era stata adottata nei confronti di un veicolo, condotto dal trasgressore, che risultava formalmente intestato a una società in nome collettivo di cui il trasgressore era socio e che risultava avere la sede legale proprio nel domicilio del trasgressore: per l'effetto, la Corte di Cassazione ha ritenuto corretta e congruamente motivata la decisione di applicare la confisca argomentata sul rilievo che il trasgressore, anche a prescindere dal dato formale dell'intestazione del veicolo, era nella concreta condizione di farne liberamente uso).

Cass. pen., sez. IV, 12-07-2011, n. 34459, in *C.E.D.*, rv. 251103
La confisca del veicolo utilizzato per commettere il reato di guida in stato di ebbrezza, in seguito alla novella di cui alla legge n. 120 del 2010, ha natura di sanzione amministrativa accessoria e non di pena accessoria»; nonché rv. 251104: «*Il sequestro previsto dagli artt. 186 e 187 C.d.S. – per il quale si applicano le disposizioni di cui all'art. 224 ter C.d.S. – è espressamente disciplinato solo come sequestro amministrativo, sicché, salva l'ipotesi di cui all'art. 321, comma 1 c.p.p., lo stesso non può più essere disposto dal giudice penale ma esclusivamente dall'autorità amministrativa*.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Dottrina

Anche in dottrina si è registrata attenzione alla disposizione incriminatrice ed al vortice di modifiche normative che l'hanno interessata nel giro di pochi anni. Si vedano:

– Amato G., *La natura amministrativa della sanzione elimina la possibilità di applicare la misura*, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 47, 78;
– Arato, *Confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza: natura giuridica e successione di leggi nel tempo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 591;
– Beduschi, *Natura giuridica della confisca del veicolo per la guida in stato di ebbrezza dopo la l. n. 120/2010*, in *Corriere merito*, 2011, 177;
– Beltrani, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul "nuovo" sequestro e sulla "nuova" confisca del veicolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 749;
– Cozzella, *Guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti alla luce delle modifiche apportate al codice della strada (e non solo)*, in *Giur. merito*, 2011, 624;
– D'Auria, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 11, 1274;
– Dies, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 969;
– Marcolini, *I nuovi sequestro e confisca amministrativi per guida in stato di ebbrezza nella legge n. 120 del 2010: problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. giur. econ. az.*, 2011, fasc. 8, 107.
– Zauli, *Guida sotto l'influenza dell'alcool: la l. 29.7.2010, n. 120, riscrive l'art. 186 C.d.S.*, in *Resp. civ.*, 2011, 2, 135.

Conclusioni

Nei confronti di Tizio non esistono due prove strumentali che possano farlo ritenere, al di là di ogni ragionevole dubbio, colpevole del reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. L'accertamento sintomatologico dello stato di ebbrezza è ancora ammesso dalla giurisprudenza dominante; ma in omaggio al *favor rei* occorre ritenere ascrivibile a Tizio la condotta più lieve delle tre previste, che oggi costituisce mero illecito amministrativo.

Svolgimento del parere per esteso

Si rivolge al mio studio Tizio, riferendomi di essere stato fermato nella notte da una pattuglia della Polizia di Stato, sezione stradale, per un controllo e di essere stato sottoposto, in quella sede, a rilievo etilometrico mediante alcoltest. Dopo il primo test, che ha consentito di rilevare un tasso alcolemico di 1,53 g/l, il secondo ha dato l'improbabile risultato di 4,69 g/l: a tal segno improbabile che, subito dopo, la macchina ha cessato di funzionare per un guasto.
Nondimeno, gli operanti di polizia hanno contestato a Tizio, con «verbale di elezione del domicilio, nomina del difensore e ricevuta di patente ritirata», che mi viene esibito in copia, l'ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza, di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., provvedendo anche, con verbale del pari esibitomi, al sequestro del veicolo di sua proprietà, a fini di confisca, *ex* artt. 213 e 224-*ter* C.d.S.
Tizio mi chiede a quali conseguenze andrà incontro per effetto dell'attività di accertamento svoltasi nella notte e quali mezzi di tutela l'ordinamento gli riconosca.
Per come gli è stata contestata, la condotta rientra indubbiamente tra le più gravi che l'art. 186 C.d.S. conosca (la più grave in assoluto si sarebbe avuta nel caso in cui Tizio avesse cagionato

un sinistro stradale). Essa rientra infatti nella lett. c) del comma 2 della citata norma, che punisce concentrazioni di alcol nel sangue oltre 1,5 g/l con l'ammenda da Euro 1.500 ad Euro 6.000 e con l'arresto da sei mesi ad un anno.
Va precisato che, secondo la giurisprudenza, le tre ipotesi, di cui alle lett. a), b) e c) della summenzionata norma non costituiscono manifestazioni circostanziali di un unico reato base, con possibilità di bilanciamento con eventuali attenuanti, bensì fattispecie autonome di reato, destinate, pertanto, a non subire, come tali, il "gioco" del giudizio di bilanciamento tra opposte circostanze che potrebbe vanificare l'applicazione del più rigoroso trattamento sanzionatorio introdotto per le violazioni di maggiore entità (cfr. Cass. pen., sez., IV, 11-02-2010, n. 10686, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 19, 79: «le ipotesi incriminatrici previste rispettivamente dalle lett. a), b) e c) del comma 2 dell'art. 186 C.d.S. integrano fattispecie autonome di reato: si tratta di disposizioni in ordine crescente di gravità, modellata sul tasso alcolemico accertato, che sono caratterizzate, tra loro, da un rapporto di reciproca alternatività e, quindi, di incompatibilità»).
Tale assunto appare trarre ulteriore forza dal fatto che la lett. a) della disposizione in esame costituisce oggi, per effetto di un intervento normativo risalente al 2007, mero illecito amministrativo.
Al caso risulta applicabile anche una aggravante speciale, incidente sul piano della determinazione della pena pecuniaria da corrispondere: ai sensi dell'art. 186, comma 2-*sexies* C.d.S., «l'ammenda prevista dal comma 2 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7». Trattasi di una aggravante dal peculiare e rigoristico trattamento: essa infatti è sottratta all'ordinario bilanciamento con le altre circostanze, come imposto dal successivo comma 2-*septies*: «le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma 2-*sexies* non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».
In passato la guida in stato di ebbrezza è stata attribuita alla competenza del giudice di pace, il che aveva contribuito a far insorgere più di una questione sulla possibilità di applicare a tale reato gli istituti processuali peculiari del processo di pace, in special modo l'improcedibilità per la particolare tenuità del fatto *ex* art. 34 D.Lgs. n. 274 del 2000; dal 2007 il legislatore ha però espressamente sancito il ritorno della competenza in capo al tribunale in composizione monocratica (art. 186, comma 2-*ter* C.d.S.).
Quanto sin qui detto vale sul versante strettamente penale, ma le conseguenze negative, discendenti dall'accertamento del reato *de quo* non si fermano qui.
È sempre l'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. ad affermare che «all'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni». Il successivo comma 9 afferma che «qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 e 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2 e 2-*bis*, il prefetto, in via cautelare, dispone la sospensione della patente fino all'esito della visita medica di cui al comma 8». Quanto alla visita medica appena menzionata, il comma 8 dispone: «con l'ordinanza con la quale viene disposta la sospensione della patente ai sensi dei commi 2 e 2-*bis*, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119, comma 4, che deve avvenire nel termine di sessanta giorni. Qualora il conducente non vi si sottoponga entro il termine fissato, il prefetto può disporre, in via cautelare, la sospensione della patente di guida fino all'esito della visita medica».
Va esplicitato il raccordo tra tutte queste ultime norme appena citate e due ulteriori, gli artt.

119 e 223 C.d.S. La patente di Tizio, infatti, è stata presa in consegna dagli agenti di polizia che la trasmetteranno alla Prefettura - UTG, alla quale spetta un duplice compito.
In primo luogo, essa dispone *ex lege* la visita medica presso la commissione medica locale per verificare, in capo al trasgressore, la permanenza dei requisiti fisici e psichici di idoneità alla guida, ai sensi dell'art. 119 C.d.S.: conseguenza non di poco conto, che obbliga a sottoporsi ad una serie di accertamenti, anche invasivi (prelievi ematici) e di un certo costo.
In secondo luogo, la Prefettura - UTG è competente a determinare il periodo di sospensione cautelare della patente di guida, sino ad un massimo di due anni, secondo quanto dispone l'art. 223 C.d.S. Il provvedimento prefettizio, sotto questo riguardo, è impugnabile mediante opposizione al giudice di pace, ai sensi dell'art. 205 C.d.S. (art. 223, comma 4 C.d.S.).
Tale potere di sospensione cautelare va tenuto distinto dal potere di determinare la misura della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente in via definitiva: ciò resta compito del giudice penale, che lo assolve quando, in sede di condanna, determina la pena. È comunque principio consolidato la c.d. "deduzione del presofferto": se un soggetto ha "scontato" un anno di sospensione cautelare della patente sulla base del provvedimento prefettizio, ed il giudice penale, in sede di decisione sul reato, condanna ed applica in via definitiva la sospensione della patente per un anno e due mesi, la patente del soggetto in questione sarà sottoposta a sospensione per i soli due mesi di eccedenza.
Terza ed ultima conseguenza dell'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza nel caso in questione – in cui Tizio appare essere proprietario della vettura che conduceva al momento dell'accertamento – è il sequestro finalizzato alla confisca del veicolo. Anche l'istituto della confisca *in subiecta materia* è stato interessato da plurimi interventi legislativi. Senza che sia necessario ripercorrerne le tappe, basti sapere che la misura reale in discorso, obbligatoria, è prevista unicamente per le condotte che integrano la terza e più grave fattispecie, quella prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. La confisca ha, inoltre, natura di sanzione amministrativa accessoria, come afferma l'art. 224-*ter* C.d.S., cui l'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., appena citato, espressamente rinvia.
Per questo gli operanti di polizia hanno provveduto al sequestro del mezzo, con separato verbale: proprio al fine di garantire la fruttuosità della successiva confisca.
Tornando agli aspetti penali della vicenda, preme informare che la notizia di reato verrà trasmessa dalla Polizia di Stato alla Procura della Repubblica competente per territorio, che curerà l'iscrizione di detta notizia. È prassi che per reati come questi il P.M. chieda ed ottenga dal G.I.P. l'emissione di decreto penale di condanna, con cui si chiede, a carico dell'imputato, l'applicazione di una pena pecuniaria. In tale sede, come detto, verrà determinato il periodo di sospensione della patente di guida e sarà disposta anche la confisca del veicolo.
Si venga ora alla prospettazione di una possibile linea difensiva. Essa fa indubbiamente perno sulle procedure seguite per l'accertamento del tasso alcolemico di Tizio. Il primo test sembrerebbe essersi svolto regolarmente, ed ha rilevato un tasso indubbiamente elevato (1,53 g/l), tale da rientrare nella fascia più grave delle tre previste dalla norma incriminatrice. Il secondo test, invece, si è rivelato inattendibile a detta degli stessi operanti di polizia ed è stato immediatamente seguito dal guasto dell'apparecchio. Ciò getta una luce di inattendibilità sullo stesso primo test ma, in assenza di ulteriori elementi di fatto (che potranno essere acquisiti), non si può al momento essere più precisi.
Quel che è certo è che la normativa vigente imporrebbe che lo stato di ebbrezza venga ac-

certato attraverso «due determinazioni concordanti effettuate ad un intervallo di tempo di 5 minuti» (art. 379, comma 2 D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495): fattispecie che non può certo dirsi integrata nel caso *de quo*.
Proprio per superare i problemi di accertamento strumentale dell'ebbrezza, legati al rifiuto di sottoporsi al test, all'incapacità di sostenerlo, al malfunzionamento dell'apparecchio e ad altre simili evenienze, da sempre la giurisprudenza ammette che, in alternativa alla verifica strumentale (od alle analisi del sangue), lo stato di ebbrezza possa essere accertato in via sintomatica dagli agenti, i quali verifichino che il soggetto da controllare tenga comportamenti dai quali si possa desumere quello stato. Tali sintomi consistono, variamente, nella difficoltà a deambulare, nell'alito vinoso, nella eccessiva loquacità o, al contrario, nella difficoltà ad articolare le parole ecc.
Ora, se si poteva consentire con questo orientamento quando il reato prevedeva un'unica soglia di gravità, le cose si sono invece complicate quando il legislatore ha previsto tre diverse categorie di gravità crescente, in funzione del tasso alcolemico accertato. Per quanto l'accertatore possa essere certo dello stato di ebbrezza del soggetto sottoposto a controllo, infatti, egli non potrà mai verificare il tasso di alcol nel sangue e, quindi, ricondurre la situazione ad una o ad un'altra delle categorie legali previste. Per superare tale *impasse*, senza sconfessare la possibilità di accertamento sintomatico, la giurisprudenza ha pertanto affermato che in questi casi debba essere considerato il principio del *favor rei*, in base al quale il soggetto dovrà essere ritenuto responsabile della violazione meno grave delle tre previste.
Le cose si complicano ulteriormente quando, nel 2007, la prima delle tre violazioni cessa di essere punita con sanzione penale e diviene "mera" violazione amministrativa: coerentemente con le proprie premesse, la giurisprudenza ha affermato che in questi casi l'accertamento sintomatologico non potrà condurre alla contestazione di un illecito penale, bensì dell'illecito amministrativo.
Tirando le fila di tale *excursus*, va detto che le possibilità di difesa consistono nel denunciare l'insufficienza dell'unico accertamento strumentale (un solo test, per di più "sospetto", perché immediatamente seguito dal malfunzionamento e dalla rottura dello strumento) e nel ricondurre l'accertamento sintomatologico all'unica conseguenza possibile, e cioè alla contestazione dell'art. 186, comma 2, lett. a) C.d.S., con evidente e consistente alleggerimento della posizione processuale del cliente, il quale: sarà soggetto non più a sanzione penale bensì alla mera sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 500 ad Euro 2.000; patirà ancora la sospensione della patente di guida ma solo per un periodo da tre a sei mesi; non si vedrà confiscare la vettura.
Posto che è certo che il procedimento a carico di Tizio verrà comunque inizialmente iscritto come violazione dell'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S., spetterà alla sua difesa dirigere una memoria al P.M. *ex* art. 367 c.p.p., illustrando le ragioni che militano a favore della "derubricazione" da lett. c) a lett. a) e della conseguente necessità di richiedere l'archiviazione. Qualora l'accusa non si lasciasse persuadere e richiedesse invece, come avviene quando si tratta di perseguire le violazioni *de quibus*, l'emissione di un decreto penale di condanna per l'originaria e più grave ipotesi, sarà possibile rivolgere al G.I.P. memoria *ex* art. 121 c.p.p. perché emetta sentenza di proscioglimento.
Nel caso in cui nemmeno l'organo giurisdizionale volesse trarre le conseguenze dalla sussistenza di un mero accertamento sintomatologico ed emettesse decreto penale, sempre per la violazione più grave, occorrerebbe attentamente valutare tutte le conseguenze di una eventuale opposizione volta a richiedere l'accertamento dibattimentale.

In definitiva, l'improvviso malfunzionamento della strumentazione per il rilievo del tasso alcolemico getta più di un'ombra sull'unica prova effettuata (1,53 g/l), comunque insufficiente a provare lo stato di ebbrezza nel quadro normativo vigente. La giurisprudenza dominante ritiene ancora possibile l'accertamento sintomatologico ma, in omaggio al *favor rei*, esso dovrebbe consentire di ritenere integrata la meno grave delle tre ipotesi di cui all'art. 186 C.d.S., attualmente costituente illecito amministrativo. Qualora tale tesi non venisse sposata né dall'accusa né dal G.I.P., e quest'ultimo emettesse decreto penale di condanna, si renderà necessaria una attenta valutazione in ordine ai rapporti tra costi e benefici di una opposizione che richieda la celebrazione del dibattimento.

Traccia per la redazione di atto d'appello

(Segue da traccia precedente)
Tizio viene indagato per la violazione dell'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S.
Nonostante gli sforzi difensivi posti in essere, il P.M. chiede l'emissione di decreto penale di condanna ed il G.I.P. lo emette.
Tizio, debitamente informato dal suo difensore di ogni opzione difensiva, decide di presentare opposizione e difendersi nel dibattimento orale.
*All'esito del dibattimento, in cui vengono assunte la prima prova dell'apparecchio per l'alcoltest quale atto irripetibile, nonché le deposizioni degli operanti che ammettono il malfunzionamento dell'apparecchio già dalla seconda prova, ma confermano il quadro sintomatologico a carico di Tizio, il giudice lo condanna per il reato contestato alla pena di otto mesi d'arresto, nonché di Euro 6.500 di ammenda, ritenuta prevalente l'aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*sexies *C.d.S.*
Il giudice applica anche la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida nella misura di due anni e dispone la confisca della vettura, dando disposizione che sul punto la sentenza venga comunicata all'autorità prefettizia, competente per il seguito.
Si assuma la veste del difensore e si rediga impugnazione di merito.

Schema per lo svolgimento

Analisi della questione

Rispetto al parere, il cui scopo è informare il cliente, in una ottica *pro veritate*, di tutte le possibili conseguenze delle azioni da lui poste in essere, nonché delle possibili opzioni processuali a fronte di tali azioni, la redazione di un atto vede sovente lo scrivente "catapultato" in una fase già avanzata del processo, in cui una serie di scelte, sovente irreversibili, sono già state compiute ed una serie di attività processuali già svolte. Non è infrequente che l'atto che si viene chiesti di redigere sia un atto di impugnazione.
Esemplare il caso di specie, in cui Tizio ha deciso di non prestare acquiescenza al decreto penale e di affrontare il dibattimento, al cui esito, però, è stato pesantemente condannato per il reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S.

Il compito del difensore diviene, pertanto, quello di presentare impugnazione di merito per dimostrare l'ingiustizia della sentenza di primo grado e chiederne la radicale riforma. Rispetto al parere, dunque, l'atto rappresenta il frutto di una più intensa militanza difensiva.

Organizzazione dell'esposizione. Individuazione delle questioni da approfondire

Rispetto a quelli processuali civili, gli atti processuali penali hanno minori – ma non per questo trascurabili – formalità da osservare.
Nel caso delle impugnazioni, le formalità sono indicate all'art. 581 c.p.p., la cui osservanza è prevista a pena di inammissibilità dell'impugnazione dal successivo art. 591, comma 1, lett. c) c.p.p.
Alla luce del citato art. 581 c.p.p., la triade che non può mancare in ogni impugnazione, pertanto, è data dall'indicazione: dei capi e dei punti della sentenza che si impugna; delle richieste; dei motivi, di fatto e di diritto.
A tali elementi di sostanza si aggiungono, altresì, alcuni elementi di forma, consistenti nell'epigrafe dell'atto, nell'individuazione del giudice dell'impugnazione competente, nonché, in chiusura, nel luogo, nella data e nella sottoscrizione.

Gli elementi "di fatto" suggeriti dalla traccia

La traccia di atto è nel segno della continuità rispetto al parere svolto in precedenza, nel senso che le questioni poste sono le medesime: centrali divengono la denuncia di inattendibilità dell'accertamento strumentale e il conseguente ridimensionamento di quello sintomatico.

Opzioni difensive a disposizione. Eventuali fonti di dottrina e giurisprudenza per la soluzione del quesito contenuto nel parere. Schema dell'atto

Nell'ottica impugnatoria i motivi proposti non dovrebbero mai essere posizionati in ordine casuale ma dovrebbero seguire una logica di priorità (crescente o decrescente) o di pregiudizialità (l'accoglimento di un certo motivo costituisce la base da cui si dipana quello successivo).
Nel caso in esame si rientra nella logica della pregiudizialità: contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, *in primis* occorre "demolire" l'accertamento strumentale, che non può basarsi su un'unica prova; in secondo luogo, proprio sulla base del primo motivo, occorre ricondurre alla reale consistenza l'accertamento sintomatico.
Giurisprudenza e dottrina utili per la redazione dell'atto sono le medesime già utilizzate per la stesura del parere.

Svolgimento dell'atto per esteso

Alla Corte di Appello di <…..>

Appello

Il sottoscritto avvocato <…..>, difensore di Tizio, come da nomina già versata in atti, propone

appello

avverso

la sentenza del Tribunale in composizione monocratica di <…..> n. <…..> emessa in data <…..>, depositata in data <…..>, che ha disposto la condanna di Tizio alla pena di otto mesi

d'arresto, nonché di Euro 6.500 di ammenda, l'inflizione al medesimo della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente per due anni, nonché la confisca della vettura di sua proprietà modello <…..>, targa <…..>, per il reato p. e p. dall'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. (guida in stato di ebbrezza), relativamente ai seguenti capi e punti:

– assenza di un valido rilievo strumentale dello stato di ebbrezza;
– insufficienza del mero accertamento sintomatico per ritenere la consumazione del reato contestato;
– illegittimità della confisca;
– eccessività della pena e della sanzione della sospensione della patente;
– ogni altro capo o punto della sentenza impugnata.

***

Fatto e svolgimento del processo

Alle ore 2.30 del 27 maggio 2012, Tizio veniva sottoposto a rilievo etilometrico mediante alcoltest dalla Polizia di Stato, sezione stradale. Il primo test dava come esito un tasso alcolemico di 1,53 g/l ma al secondo test la macchina cessava di funzionare per un guasto.

Nonostante ciò, gli operanti di polizia ritenevano Tizio in stato di ebbrezza sulla base dei soliti e stereotipati indici sintomatici e, su tale base, comunicavano la notizia di reato per la violazione dell'art. 186, comma 2, lett. c) C.d.S. alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di <…..>, la quale chiedeva ed otteneva, in data <…..>, decreto penale n. <…..> a carico di Tizio.

Quest'ultimo presentava però regolare opposizione, pervenendo a dibattimento, nel corso del quale erano assunte come prova l'unico test alcolimetrico validamente effettuato, nonché le deposizioni degli operanti.

All'esito del processo, con la sentenza qui impugnata, il giudice condannava Tizio alla pena di otto mesi d'arresto, nonché di Euro 6.500 di ammenda, alla sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente per due anni e, infine, disponeva la confisca della vettura alla cui guida Tizio si trovava al momento del fatto.

Trattasi però di sentenza illegittima ed ingiusta per i seguenti

Motivi

1. Violazione dell'art. 379, comma 2, D.P.R. n. 495 del 1992 e insussistenza di un valido accertamento strumentale dello stato di ebbrezza dell'appellante

Secondo la norma indicata in epigrafe «la concentrazione di cui al comma 1 dovrà risultare da almeno **due determinazioni concordanti** effettuate ad un intervallo di tempo di 5 minuti».

Non vi è chi non veda come, nel caso di specie, tale coppia di determinazioni concordanti sia mancata, risultando in atti una sola prova (attestante il valore di 1,53 g/l).

Una seconda prova era per la verità stata effettuata, dando il risultato di 4,69 g/l, immediatamente prima che lo strumento si guastasse. Ma sono stati gli stessi operanti di p.g. ad aver affermato in dibattimento che tale valore era radicalmente impossibile ed anzi dovuto al malfunzionamento dell'apparecchiatura, che di lì a poco si sarebbe appunto definitivamente guastata.

La scrivente difesa ritiene che ciò getti ben più di un'ombra sul primo accertamento, anch'esso avvenuto solo pochi istanti prima del guasto.

Ma anche a voler ignorare tale ben più che probabile ipotesi, resta il fatto che la legge esige,

in funzione di accertamento, due determinazioni concordanti e che queste non sussistono nel caso di specie.
Non essendo possibile in alcun modo stabilire con certezza la concentrazione di alcol nel sangue di Tizio, stupisce davvero che il giudice di prime cure abbia potuto emettere condanna ritenendo la condotta contestata riconducibile al terzo e più grave scaglione del reato.
Trattasi di statuizione palesemente illegittima ed ingiusta, che andrà integralmente riformata.

***

2. Violazione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di accertamento sintomatico. Richiesta di riqualificazione del fatto e conseguenze
2.1. La scrivente difesa non ignora che da sempre la giurisprudenza ammette, in materia di guida in stato di ebbrezza, la possibilità di un accertamento sintomatico da parte degli operanti di p.g.
Nell'attuale quadro normativo, tale possibilità assume però una fisionomia ben specifica, e gli assunti giurisprudenziali debbono essere condotti alle loro logiche conseguenze.
Un primo, innegabile dato: un semplice accertamento sintomatico, quale quello di causa, non può, per sua stessa natura, consentire di determinare con precisione la quantità di alcol nel sangue.
Poiché, però, la norma incriminatrice in considerazione è basata sulla previsione di tre distinti e crescenti scaglioni di gravità, il principio del *favor rei* impone di ritenere del tutto ingiustificata la contestazione dello scaglione più grave di cui alla lett. c) ed unicamente contestabile la violazione più modesta, di cui alla lett. a).
2.2. Va detto che dal 2007 l'art. 186, comma 2, lett. a) C.d.S. risulta punito in via amministrativa.
Ne consegue che l'infrazione commessa da Tizio, a tutto voler concedere, potrebbe integrare una violazione amministrativa: il che impone, nella sede penale, una sentenza di proscioglimento con trasmissione degli atti alla competente autorità amministrativa per l'istruttoria sul punto e l'eventuale applicazione della sanzione ammnistrativa pecuniaria nonché della sospensione della patente (ambedue, però, in misura di molto inferiore a quelle applicate dalla sentenza impugnata!).
Del che si fa espressamente richiesta, unitamente alla revoca della confisca, che non ha più ragione d'essere, in quanto sanzione *de plano* non prevista in caso di violazione dell'art. 186, comma 2, lett. a) C.d.S.

***

3. In subordine: eccessività della pena e delle altre sanzioni applicate
Nel denegato caso di non accoglimento dei sovrastanti motivi di appello, con il presente motivo, stante l'incensuratezza dell'imputato, la natura meramente colposa della condotta da lui posta in essere, l'assenza di incidenti od altri gravi pregiudizi all'incolumità pubblica, si richiede il riconoscimento delle attenuanti generiche e la rideterminazione sia della sanzione penale sia dell'entità della sanzione sospensiva entro limiti maggiormente contenuti.
Con i doppi benefici.

***

Per i sovrastanti motivi, la scrivente difesa

Chiede

che codesta Ecc.ma Corte, in totale riforma della sentenza impugnata, pronunci sentenza di proscioglimento nei confronti dell'imputato per non essere il fatto previsto dalla legge come reato, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alla confisca.

In subordine, si chiede volersi diminuire la pena e la sanzione sospensiva della patente, con concessione dei doppi benefici.

Firma <…..>

Luogo <…..>, data <…..>

La sentenza in evidenza

Non va esente da critiche in dottrina l'orientamento della giurisprudenza, volto ad ammettere, anche nel quadro del "nuovo" reato di guida in stato di ebbrezza, imperniato su tre distinti scaglioni di gravità, a seconda del tasso di alcol rilevato nel sangue, la possibilità di un accertamento sintomatico.
Ciononostante, anche di recedente, l'orientamento è stato ribadito, con argomenti che non mostrano alcun segno di cedimento.
Si riporta uno dei più recenti arresti giurisprudenziali in materia, con cui il difensore penalista deve quotidianamente fare i conti.

Corte di Cassazione, sez. IV pen., 7 febbraio – 14 maggio 2012, n. 18134
Circolazione stradale - Stato di ebbrezza - Accertamento alcoolemico - Rifiuto di sottoporsi all'alcooltest - Illecito amministrativo - Disciplina

Lo stato di ebbrezza può esser accertato con qualsiasi mezzo e quindi anche su base sintomatica, indipendentemente dall'accertamento strumentale. Qualora non sia possibile stabilire, al di là di ogni ragionevole dubbio, se il tasso alcolemico sia superiore al limite di 0,8 gr./l., il trasgressore deve ritenersi responsabile, in nome del principio del *favor rei*, dell'ipotesi meno grave (fascia A), attualmente depenalizzata per effetto della novella di cui alla legge 29 luglio 2010 n. 120.

Per il testo integrale delle sentenze consulta: Lex24 (www.lex24.ilsole24ore.com)

Per tutte le informazioni sui nostri libri,
riviste, servizi on line e news
consulta

Diritto 24

Il portale del GRUPPO 24 ORE dedicato al mondo del diritto

www.diritto24.ilsole24ore.com