

Il nuovo delitto di omicidio stradale tra logica dell'emergenza e sistema costituzionale

di

Gianluigi Bochicchio¹

Abstract: The law n. 41/2016, n. 41 introduced a new crime in Italian criminal code (art. 589 *bis* c.p.), the road manslaughter («omicidio stradale»), with the aim of punishing conducts perceived as really alarming by the society. The new type of offence — consequence of an isolated intervention rather than a consistent plan — raised a number of serious systematic and methodical issues. The paper analyzes in detail those issues, especially concerning the compatibility with the Constitutional principles of personal responsibility and proportionality.

1. 1. Premessa metodologica.

La legge 23 marzo 2016, n. 41, ha introdotto — corredata dalle necessarie disposizioni di adeguamento² — la nuova fattispecie delittuosa del c.d. «omicidio stradale» (art. 589 *bis* c.p.), al fine di sanzionare con maggiore efficacia³ le condotte più gravi di «delinquenza stradale»⁴, che, senza dubbio, sono avvertite come particolarmente allarmanti dall'opinione pubblica.

¹ Consigliere della Corte d'Appello di Salerno

² La richiamata legge, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 24 marzo 2016, n.70, è intitolata «Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274».

³ La efficacia deterrente della sanzione penale è subordinata al ricorrere dei requisiti della certezza, della prontezza e della severità, che ne costituiscono, come rilevato in dottrina, «caratteristiche tipiche» (così A. PAGLIARO, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. Pen.*, 1981, pp. 219 ss. e, in particolare, pp. 226 ss.).

⁴ Secondo A. J. P. TAYLOR, *Le Origini della seconda guerra mondiale*, Roma – Bari, 2008, pp. 146-147, «ogni incidente stradale è causato in ultima analisi, dall'invenzione del motore a scoppio e dal desiderio che hanno gli uomini di spostarsi da un luogo ad un altro ... la "cura" per gli incidenti stradali

Di seguito non si intende, di certo, proporre un'analisi organica ed esaustiva della nuova normativa, ma offrire un contributo di approfondimento su singoli, specifici profili, reputati di particolare interesse speculativo.

Va preliminarmente ribadito che saranno oggetto di disamina le sole disposizioni relative al delitto di cui all'art. 589 *bis* c.p., con la precisazione che molte di tali disposizioni risultano pedissequamente riprodotte con riferimento alla fattispecie di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590 *bis* c.p.).

Il metodo del presente lavoro trae spunto da un passo della *Relazione al Codice di Procedura Civile del 1940*⁵, in cui si osserva, a proposito del codice di procedura civile del 1865, che « i difetti quasi subito rilevati dall'esperienza fossero nei particolari, e che a introdurre gli opportuni miglioramenti potesse bastare qualche parziale ritocco ... il perdurare e l'accrescersi degli inconvenienti pratici dimostrò che il problema era di ordine generale ... e per più di mezzo secolo i mali continuarono ad aggravarsi, attraverso il facile e pericoloso sistema delle riforme parziali ... Le stesse non fortunate parziali, susseguitesì di decennio in decennio, sono state utili, perché col loro fallimento hanno dimostrato la necessità di rimedi di più largo respiro ».

In altri termini, è evidente che le riforme “*a macchia di leopardo*” — fenomeno ancora di grande attualità — cagionano molti danni e pochi vantaggi, poiché

sta nel proibire le automobili ... l'automobilista accusato di guidare pericolosamente sarebbe uno sconsigliato se adducesse a sua sola discolpa l'esistenza delle automobili: la polizia e i tribunali non prendono in considerazione le cause profonde, bensì cercano una causa specifica per ogni incidente: errore da parte dell'automobilista, eccesso di velocità, ubriachezza, freni difettosi, fondo stradale cattivo ». Sulla figura del “*delinquente stradale*”, cfr., altresì, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, p. 617.

⁵ La Relazione, a firma di Dino Grandi, Guardasigilli dell'epoca, è stata di fatto redatta da Pietro Calamandrei, noto per il suo “*Elogio dei Giudici scritto da un Avvocato*” (cfr. P. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 7 ss.). Nel diario del Calamandrei, (riportato dalla nipote, Silvia Calamandrei, nell'articolo “*Così nacque il Codice di Calamandrei*”, in *Repubblica*, 8 febbraio 2006), si legge, alla data del 30 novembre 1939: « l'avvocato Alessandro Levi gli racconta che “quando qualcuno propose a Grandi di chiamare a cooperare al Codice di Procedura Civile anche me, avvertendo però che io non ho tessera, Grandi avrebbe detto: non cerco tessere, cerco cervelli”.

« nella realtà le norme giuridiche non esistono mai da sole, ma sempre in contesto di norme che hanno particolari rapporti fra loro »⁶.

Al riguardo, emblematico è l'esempio della nuova disciplina del processo *in absentia*, che non ha chiarito se l'art. 161 comma 4 c.p.p. debba reputarsi implicitamente abrogato e se la dichiarazione di contumacia avvenuta prima dell'entrata in vigore della nuova legge determini la necessità di notificare al contumace l'avviso di deposito della sentenza emessa all'esito del dibattimento⁷.

Analogamente, con riferimento ai decreti legislativi n. 7/2016 e n. 8/2016, non è chiaro se, con la depenalizzazione della fattispecie di cui all'art. 647 c.p. (appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di cose avute per errore o caso fortuito), la condotta originariamente sanzionata da tale disposizione possa o meno integrare gli estremi del delitto presupposto, necessario ai fini della configurabilità della ricettazione.

Riforme parziali ed estemporanee evidenziano la necessità di coordinare le nuove norme con quelle già vigenti, in un continuo ripensamento del sistema⁸,

⁶ Così N. BOBBIO, *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 3. Analogamente, F. PIERANDREI, voce Corte costituzionale, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 983, afferma che « le norme una volta poste in essere dalla loro fonte di produzione, non rimangono isolate l'una dei confronti dell'altra ... invece si inseriscono nel sistema complessivo, e sono soggette alle influenze che nei loro confronti viene ad esercitare l'evoluzione dell'ordinamento ».

⁷ In linea di principio, « vale il regime sotto cui l'atto risulta compiuto, a meno che l'altro sia più favorevole all'imputato » (F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1993, p. 346). Cfr., altresì, A. GAITO, in AA.VV., *Procedura Penale*, Torino 2015, p. 24 ss., che, richiamando il principio *tempus regit actum*, privilegia, nella sequenza temporale, la applicazione della norma processuale più favorevole, da individuare preventivamente. In senso contrario, v., però, F. CARNELUTTI, *Il ricorso per cassazione contro le sentenze dell'Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 60 ss. In giurisprudenza, v. Cass. Pen, sez. I, 5 giugno 2000, n. 7385, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 524; Id., sez. I, 12 gennaio 1994, Montani, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 398. G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1978, p. 23, afferma, invece, che è necessario accertare se le norme processuali strettamente intese esprimano garanzie per l'imputato direttamente ricollegabili alla Costituzione e, in caso affermativo, verificare la norma più favorevole.

⁸ Significativa, in tal senso, è Cass. pen., sez. I, 25 maggio 1987, Ristagno in *Giust. Pen*, III, 1988, c. 185, relativa ad una istanza di ricasazione del Presidente della Corte di Assise, che già aveva, in qualità di giudice del riesame, rigettato una istanza di scarcerazione per insufficienza di indizi, formulando una prognosi di colpevolezza: la Corte Regolatrice, pur riconoscendo che le cause di incompatibilità *ex art.*

rifuggendo dalla redazione di disposizioni eccessivamente complesse⁹, contorte, approssimative, talvolta anche in palese violazione del principio costituzionale di necessaria determinatezza della fattispecie penale¹⁰.

Per contro, progetti organici e sistematici vengono spesso accantonati, come accaduto con le due Commissioni istituite per la redazione di un nuovo codice penale, presiedute, rispettivamente, da Pagliaro e da Grosso, che pure erano riuscite nell'intento di elaborare un pregevole impianto normativo, potenzialmente idoneo ad attenuare la frammentarietà della legislazione penale¹¹.

È, altresì, sintomatico che i compilatori del codice di procedura penale del 1988 non abbiano avvertito la irrinunciabile necessità di introdurre, contestualmente,

161 c.p.p. 1930 costituivano un *numerus clausus*, evidenziò che la norma era originariamente inserita in un sistema che non prevedeva l'istituto del riesame, per cui era necessario rivederne la interpretazione.

⁹Si pensi che nell'art. 381 c.p.p. si è addirittura arrivati alla formulazione della lettera *m-quater*).

¹⁰ L'art. 25 Cost. — attraverso l'uso del termine « fatto » — impone al legislatore di rappresentare, in modo chiaro, al cittadino che cosa è penalmente rilevante e che cosa non lo è (così T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2012, p. 24 ss.). È controverso se tipicità e determinatezza costituiscano categorie ontologicamente diverse ovvero se la seconda altro non sia che un corollario della prima: nel primo senso T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 28; la tesi opposta è propugnata da F. Mantovani, *op. cit.*, p. 63. Per G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 70-71, la determinatezza è un vincolo al legislatore affinché le norme penali descrivano *fatti suscettibili di essere provati ed accertati nel processo*, mentre la tassatività è un vincolo imposto al Giudice, sancendo il divieto di analogia a sfavore del reo. L'art. 25 Cost. impone espressamente al legislatore di redigere norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intelligibilità, sicché deve logicamente ritenersi implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà (così C. cost. 8 giugno 1981, n. 96, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1924, che dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di plagio, di cui all'art. 603 c.p.). La Corte Costituzionale, a proposito dell'art. 25 comma 2 Cost., ha affermato che « la Costituzione intende particolarmente garantire i soggetti attraverso la previa *lex scripta*. I principi di tassatività e di irretroattività delle norme penali incriminatrici ... evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione » (C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1504). « È "fatto" il fatto dell' agente: il fatto che a lui si imputa, perché è stato da lui voluto, o, anche, semplicemente causato » (G. DELITALA, *Il « Fatto » nella teoria generale del reato*, Padova 1930, ora in *Diritto penale-Raccolta degli scritti*, a cura di U. Bettiol, Milano 1976, p. 83).

¹¹ Ad esempio, i delitti di « diritto penale commerciale », quali la bancarotta, il falso in comunicazioni sociali — attualmente disseminati nella legislazione speciale — venivano opportunamente inseriti in un apposito titolo del codice (quello dei « delitti contro l'economia »).

anche un nuovo codice penale, così trascurando il nesso inscindibile di interrelazione tra i due codici¹².

Vero è che la « *legge semplice* » sembra esistere solo nella prospettazione utopistica di una corrente dottrinale minoritaria¹³, secondo cui le leggi altro non sono che un « *insieme di parole* »¹⁴, in cui « *ogni parola significa qualcosa. Tutto sta nello scoprire che cosa* »¹⁵.

Del resto, il brocardo « *in claris non fit interpretatio* », nato nel diritto comune¹⁶ e diffuso tra gli Autori del XII e XIV secolo, assumeva un significato diverso da quello corrente (« *le leggi chiare non hanno bisogno di interpretazione* »), esprimendo un principio di gerarchia delle fonti, con cui si escludeva il ricorso alla « *interpretatio* » nei casi direttamente disciplinati dalla « *lex* »¹⁷. Nel diritto comune, infatti, la *interpretatio* era il prodotto dell'attività di commento dei dottori e delle decisioni dei tribunali, a cui veniva riconosciuta autorità di diritto (oggettivo),

¹² Osserva, sul punto, G. GUARNERI, voce Diritto processuale penale, in *Enc. Dir.*, Milano 1964, p. 1108, che « dovunque esiste un aggruppamento di uomini ed è quindi sentita la necessità di una disciplina per la coesistenza degli interessi in contrasto, ivi esiste un sistema di punizioni ». Già nel XIX secolo Francesco Carrara scriveva nel suo Programma del Corso di Diritto criminale, Tomo II, « Del giudizio criminale », ristampa anastatica « Il Mulino », Bologna 2004, p. 64, che « la teoria del giudizio completa la parte generale della scienza nostra: ed è l'anello fra la ragione pura e la ragione pratica delle dottrine penali ». Un'asprissima censura al legislatore è stata *illo tempore* formulata da T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 916. Cfr., altresì, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, XVI ed. a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 678.

¹³ V. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2000, pp. 398 ss., che riporta un passo della *Constitutio Deo Auctore*, promulgata da Giustiniano per intraprendere la sua opera di codificazione, allo scopo di toglier dalle leggi « *il troppo e l' vano* » (Paradiso, VI, 12): « *i giuristi, in avvenire, non osino dedicarvi (alla codificazione) dei commentari, non osino alterare con la verbosità loro il misurato disegno del libro: così come è accaduto in tempi passati, quando tutto il diritto corse il rischio di essere sconvolto dai contrasti dottrinali* ».

¹⁴ M. BRETONE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ F. CORDERO, *Gli osservanti*, Milano 1967, p. 131.

¹⁶ Per « *diritto comune* » si intende il Diritto romano imperiale, come diritto generale e universale, inserito in un sistema di fonti giuridiche aventi ad oggetto i vari diritti locali e comunque gerarchicamente sovraordinato a questi: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, p. 34 ss..

¹⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 33-34.

mentre per *lex* si intendevano il diritto romano giustiniano e la produzione statutaria dei sovrani.

2. Il divieto di comparazione fra circostanze di segno diverso.

Il nuovo art. 590 *quater* comma 1 c.p. introduce una nuova ipotesi di divieto di comparazione fra circostanze aggravanti ed attenuanti.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui — a seguito dell'entrata in vigore della legge 5 dicembre 2005, n. 251 — sancisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 7 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sull'aggravante della recidiva reiterata *ex art.* 99 comma 4 c.p.¹⁸.

¹⁸ V. C. Cost. 7 aprile 2016, n. 74. Tale decisione è preceduta da numerose pronunce di analogo tenore, che hanno dichiarato l'illegittimità delle disposizioni volte a derogare alla regola del giudizio di comparazione: v. C. Cost., 15 novembre 2012, n. 251, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4043 (« è costituzionalmente illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.; è costituzionalmente illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609 bis, comma 3, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, dello stesso codice »); C. Cost., 18 aprile 2014, n. 105, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 1849: (« è costituzionalmente illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, dello stesso codice »); C. Cost., 18 aprile 2014, n. 106, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 1865 (« è costituzionalmente illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609 bis, comma 3, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, dello stesso codice ». Divieto di comparazione di una circostanza aggravante con le attenuanti equivale ad obbligatorietà dell'aumento di pena, sicché va rilevato che C. Cost., 8 luglio 2015, n. 185 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'obbligatorietà dell'aumento pena previsto dall'art. 99 comma 5 c.p., nel testo novellato *ex art.* 4 della legge n. 251/2005 (« se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a, del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto ») poiché « l'art. 99 comma 5 c.p., nel prevedere che nei casi di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p., la recidiva è obbligatoria, contrasta con il principio di ragionevolezza e parifica nel trattamento obbligatorio situazioni personali e ipotesi di recidiva tra loro diverse, in violazione dell'art. 3 Cost. ».

Il Giudice delle leggi ha rilevato, al riguardo, che « la circostanza prevista dall'art. 73 comma 7 del d.P.R. n. 309 del 1990 è espressione di una scelta di politica criminale di tipo premiale, volta a incentivare, mediante una sensibile diminuzione di pena, il ravvedimento post-delittuoso del reo, rispondendo sia all'esigenza di tutela del bene giuridico, sia a quella di prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti », sicché « quando nei confronti dell'imputato viene riconosciuta la recidiva reiterata, la norma censurata impedisce alla disposizione premiale di produrre pienamente i suoi effetti e così ne frustra in modo manifestamente irragionevole la *ratio*, perché fa venire meno quell'incentivo sul quale lo stesso legislatore aveva fatto affidamento per stimolare l'attività collaborativa ». Inoltre, « tra i criteri da cui in genere può desumersi la capacità a delinquere del reo, e dei quali il giudice deve tener conto, oltre che nella determinazione della pena, anche nella comparazione tra circostanze eterogenee concorrenti, vi è la condotta del reo contemporanea o susseguente al reato (art. 133 comma 2 n. 2, c.p.), la cui rilevanza nel caso in oggetto verrebbe totalmente disconosciuta dalla norma impugnata ». Sotto tale profilo — osserva la Consulta — « la scelta normativa di escludere, nell'ipotesi prevista dall'art. 99 comma 4 c.p., il potere del giudice di diminuire la pena “per chi [dopo aver commesso un reato in materia di sostanze stupefacenti] si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori” si pone in manifesto contrasto con il principio di ragionevolezza »¹⁹. Sulla base di queste premesse, « la norma impugnata rappresenta una deroga così

¹⁹ Il principio di ragionevolezza viene così sintetizzato nella richiamata pronuncia: « è giurisprudenza costante della Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate » (V. C. Cost. 7 aprile 2016, n. 74, cit.). Il principio di ragionevolezza — costruito quale derivazione dell'art. 3 Cost. e che può essere definito “l'eccesso di potere” del Legislatore — venne formulato per la prima volta da C. Cost., 24 maggio 1979, n. 26, in *Giur. cost.* 1979, I, p. 288, in relazione ad una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 186 c.p.m.p.

ingiustificata rispetto ai principi del diritto penale vigente, da ledere l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge »²⁰.

Appare, pertanto, evidente come, alla luce della giurisprudenza costituzionale, il divieto di comparazione fra circostanze, introdotto dalla novella, presenti profili di frizione con il canone di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 Cost.

L'assunto può essere efficacemente illustrato attraverso un riferimento alla circostanza aggravante di cui all' art. 7 della legge n. 203/1991, per la quale è escluso il giudizio di comparazione con eventuali attenuanti concorrenti.

Tale aggravante, tuttavia, non si applica se si configura la circostanza attenuante della collaborazione dell'imputato, che, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 203/1991, richiede il ricorrere congiunto di due particolari condizioni: la dissociazione dell'agente dall'attività criminosa, onde impedire che quest'ultima sia portata a conseguenze ulteriori; l'aiuto concreto fornito alle autorità inquirenti nella raccolta di elementi decisivi alla ricostruzione dei fatti ed utili alla individuazione o alla cattura dei responsabili dei reati.

La dissociazione deve essere concreta, nel senso che il collaboratore deve, ad esempio, indicare nascondigli di armi e di droga dell'associazione, spezzare il vincolo di omertà che lo aveva legato ai suoi sodali, recedere dal *pactum sceleris* e dismettere la *affectio societatis*, assumere un atteggiamento di contrasto dei fini e dei programmi della consorterìa, fornendo indicazioni sui mezzi, sugli uomini, sulle gerarchie, sui delitti commessi e su quelli programmati, sulle coperture e su ogni risorsa dell'associazione.

In altri termini, in tanto la collaborazione può dirsi rilevante, ex art. 8 comma 1 della legge n. 203/91, in quanto abbia consentito l'interruzione dell'attività criminosa e si sia rivelata idonea ad arricchire, in misura significativa, il patrimonio di conoscenze investigative.

²⁰ V. C. Cost., 7 aprile 2016, n. 74, cit.

Tale attenuante non può, dunque, essere riconosciuta al mero “dissociato”²¹, vale a dire a colui che manifesta l’intenzione di rivelare i crimini da lui commessi, ma rifiuta di rendere dichiarazioni *erga alios*, ma anche il comportamento del dissociato è sicuramente apprezzabile in termini di « condotta del reo contemporanea o susseguente al reato », a norma dell’art. 133 comma 2, n. 2), c.p.

3. L’esclusione di circostanze aggravanti dal giudizio di comparazione.

Il giudizio di comparazione fra circostanze previsto dall’art. 69 comma 1 c.p. ha rappresentato una delle novità rispetto al codice Zanardelli²², che, all’art. 29 comma 3, disponeva di procedere computando i singoli aumenti previsti per ciascuna aggravante e, successivamente, di sottrarre dal risultato le riduzioni per le attenuanti²³.

La ragion d’essere di tale innovazione viene individuata, dai redattori del codice del 1930, nell’esigenza di formulare una valutazione organica e complessiva della vicenda e del suo autore e di applicare, quindi, una pena

²¹ La legge 18 febbraio 1987, n. 34, in tema di terrorismo, aveva ad oggetto una disciplina *ad hoc* per il “dissociato”, prevedendo, all’art. 1, che « agli effetti della presente legge si considera condotta di dissociazione dal terrorismo il comportamento di chi, imputato o condannato per reati aventi finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale, ha definitivamente abbandonato l’organizzazione o il movimento terroristico o eversivo cui ha appartenuto, tenendo congiuntamente le seguenti condotte: ammissione delle attività effettivamente svolte, comportamenti oggettivamente ed univocamente incompatibili con il permanere del vincolo associativo, ripudio della violenza come metodo di lotta politica ». In realtà, secondo la giurisprudenza di legittimità la fattispecie di cui all’art. 8 della legge n. 203/1991 prevede, come attenuante ad effetto speciale, la c.d. « dissociazione attuosa »: cfr. Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 10713, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 3756.

²² In dottrina A. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza fra le circostanze*, Napoli 1971; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983; E. DOLCINI, voce Potere discrezionale (Dir. Proc. Pen.), in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985, p. 744.

²³ A norma dell’art. 69 c.p., « se concorrono più circostanze, l’aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di pena risultante dall’aumento o dalla diminuzione precedente, e, concorrendo insieme circostanze di aumento e altre di diminuzione, si comincia dalle prime. In ogni caso sono valutate per ultime e nell’ordine seguente, l’età, lo stato di mente, le attenuanti previste dall’art. 59 (*attenuanti in favore di chi ha commesso un delitto punibile con l’ergastolo*), e la recidiva ».

aderente alla personalità del reo e alla effettiva gravità del reato, e non frutto di un mero computo matematico²⁴.

a) La giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza della Corte di cassazione concernente la tecnica²⁵ applicativa del giudizio di comparazione può reputarsi costante ed uniforme.

Invero, già in epoca risalente, era stato affermato che, avendo omesso il legislatore la indicazione di parametri specifici, l'interprete deve coordinare gli artt. 133 e 69 c.p.: il giudizio di comparazione — ferma restando la proporzione tra pena e reato²⁶ — deve essere condotto dal giudice nell'esercizio di un potere discrezionale, all'esito di una valutazione complessiva, completa ed umana del fatto delittuoso, che tenga conto della personalità del reo, considerata sotto ogni aspetto sintomatico, e della sostanziale entità della condotta criminosa²⁷.

Tale giudizio è stato reputato necessario anche per consentire la verifica, in sede di impugnazione, della legittimità dell'operato del giudice di merito²⁸.

Le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, in quanto espressione della discrezionalità valutativa conferita al giudice di

²⁴ Cfr. la *Relazione ministeriale sul progetto di Codice*, 1929, vol. I, p. 123.

²⁵ Per F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1980. p. 16, « il diritto si presenta sotto due aspetti diversi, come scienza che individua il dato ed elabora le categorie generali e come tecnica che consente l'applicazione delle stesse categorie ai casi concreti ».

²⁶ La regola della proporzionalità tra la gravità del fatto commesso e la pena da irrogare si rinviene già nell'antica "*Legge del Taglione*" menzionata nello Antico Testamento: "occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, scottatura per scottatura, ferita per ferita, contusione per contusione" (Libro dell'Esodo, 21,24). Nel diritto romano un versetto delle XII Tavole commina la pena del taglione in caso di fermento, in un numero limitato di casi e solo se i contendenti non hanno potuto risolvere la questione in un processo, per *il membrum ruptum*, cioè secondo [la comune](#) opinione per quelle lesioni gravi che comportano la perdita di un senso, o di un organo o dell'uso di questo; in seguito divenne obbligatoria la composizione divenne e verso il II sec. a.C. tale regola non esisteva più a [Roma](#), pur non essendo stata mai formalmente abolita (voce Taglione, in *Enciclopedia Treccani Online*). Sulla Legge Decemvirale v. F. D'IPPOLITO, *Problemi storico- esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003; M. DUCOS, *Roma e il diritto*, Bologna 1998, p. 13.

²⁷ Cfr. Cass., sez. II, 3 marzo 1971, Veronesi, in *Giust. Pen.*, 1972, II, p. 178. Più di recente, cfr. Cass., sez. VI, 9 giugno 1996, n. 8788, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2701.

²⁸ V. Cass., sez. VI, 9 giugno 1996, cit.

merito, sfuggono al sindacato di legittimità, sempre che siano sorrette da motivazione adeguata e non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico²⁹.

b) La giurisprudenza costituzionale.

L'attuale formulazione dell'art. 69 comma 4 c.p. costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione legislativa dei criteri di bilanciamento³⁰, iniziata con l'art. 6 del decreto legge 11 aprile 1974, n. 99³¹, che ha esteso il giudizio di comparazione alle circostanze autonome o indipendenti ed a quelle inerenti alla persona del colpevole.

L'effetto — ha rilevato il Giudice delle Leggi³² — è stato quello di « consentire il riequilibrio di alcuni eccessi di penalizzazione, ma anche quello di rendere modificabili, attraverso il giudizio di comparazione, le cornici edittali di alcune ipotesi circostanziali, di aggravamento o di attenuazione, sostanzialmente diverse dai reati base; ipotesi che solitamente vengono individuate dal legislatore attraverso la previsione di pene di specie diversa o di pene della stessa specie, ma con limiti edittali indipendenti da quelli stabiliti per il reato base ».

Pertanto, in relazione a questo tipo di circostanze, « il criterio generalizzato, introdotto con la modificazione dell'art. 69 comma 4 c.p., ha mostrato delle

²⁹ Secondo Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 10713, in *CED Cass.*, rv 245931, è illogica la motivazione che, per giustificare il giudizio di equivalenza, si sia limitata a reputarla la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto

³⁰ Nel testo novellato dall'art. 3 della legge n. 251/2005, il comma 4 dell'art. 69 c.p. dispone che « le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato ».

³¹ Il decreto legge, recante « Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale », è stato convertito, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1 della legge 7 giugno 1974, n. 220.

³² C. Cost., 7 aprile 2016, n. 74, cit.

incongruenze, inducendo il legislatore a intervenire con regole derogatorie, come è avvenuto con l'aggravante della "finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico" (art. 1 del decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, nella legge 6 febbraio 1980, n. 15), e, in seguito, con varie altre disposizioni, generalmente adottate per impedire il bilanciamento della circostanza c.d. privilegiata, di regola un'aggravante, o per limitarlo, in modo da escludere la soccombenza di tale circostanza nella comparazione con le attenuanti ».

Sembra opportuno, a questo punto, approfondire le ulteriori declaratorie di illegittimità costituzionale relative alla sottrazione di circostanze aggravanti al giudizio di comparazione.

La sentenza n. 251/2012, ha dichiarato l'art. 69 comma 4 c.p. — come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 — costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva aggravata *ex art. 99 comma 4 c.p.*

Il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee consente al giudice di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto esclusivamente di quelle che aggravano la "*quantitas delicti*", oppure soltanto di quelle che la diminuiscono.

In tale prospettiva, le eventuali deroghe al bilanciamento — rientranti nella sfera di competenza del legislatore — sono sindacabili dalla Corte costituzionale soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio e, in ogni caso, non possono giungere a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale.

La manifesta irragionevolezza del divieto di prevalenza dell'attenuante di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva reiterata appare evidente alla luce dell'enorme divaricazione delle cornici edittali previste per il reato circostanziato e per la fattispecie base: nel caso di equivalenza tra recidiva reiterata e attenuante speciale, il massimo edittale previsto dal comma 5 per il fatto di "lieve entità" (sei anni di reclusione) diviene il minimo della pena da irrogare per la fattispecie base.

La disposizione oggetto di censura, inoltre, dà luogo ad una violazione del principio di uguaglianza, in quanto il recidivo reiterato, a cui siano riconosciute le attenuanti generiche, autore di un fatto "non lieve" da punire con il minimo edittale della pena stabilita dall'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309/1990, riceve lo stesso trattamento sanzionatorio — irragionevolmente più severo — spettante al recidivo reiterato, cui pure siano riconosciute le attenuanti generiche, ma autore di un fatto di "lieve entità".

Analogamente, risulta violato il principio di proporzionalità della pena, che esige una costante proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra.

Secondo la sentenza n. 105/2014, l'art. 69 comma 4 c.p., sempre nella versione risultante a seguito dell'art. 3 della legge n. 251/2005, è costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648 comma 2 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

Nel precludere, con riferimento alla ricettazione, la prevalenza dell'attenuante del fatto di "particolare tenuità" sull'aggravante della recidiva reiterata, la disposizione censurata determinava conseguenze manifestamente irragionevoli sul piano sanzionatorio, annullando le differenze tra i livelli minimi di pena previsti per la fattispecie base (punita con la pena detentiva da due ad otto anni

di reclusione) e per quella circostanziata (punita con la pena detentiva della reclusione da quindici giorni a sei anni).

Essa, inoltre, riconducendo alla medesima cornice edittale due fatti, quelli previsti dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 648 c.p., che lo stesso legislatore riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa, è stata ritenuta lesiva del principio di offensività, che pone il fatto alla base della responsabilità penale.

Risultava, inoltre, violato il principio di uguaglianza, in quanto il recidivo reiterato, a cui fossero state concesse le attenuanti generiche e applicato il minimo della pena, veniva assoggettato al medesimo trattamento sanzionatorio, tanto nel caso di ricettazione normale (o addirittura anche di rilevante gravità), quanto nella ipotesi di particolare tenuità.

Infine, la disposizione censurata contrastava con la finalità rieducativa della pena, in quanto precludeva il necessario adeguamento della sanzione attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il fatto di particolare tenuità e determinava, con la deroga al bilanciamento, un trattamento sanzionatorio palesemente sproporzionato.

La sentenza n. 106/2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 comma 4 c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251/2005, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609 *bis* comma 3 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

La disposizione censurata — con cui veniva preclusa, relativamente al reato di violenza sessuale, la prevalenza dell'attenuante dei « casi di minore gravità » sulla recidiva reiterata — determinava la lesione del principio di proporzionalità della pena, non consentendo il necessario adeguamento al caso concreto della sanzione attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore ed annullando le differenze tra le cornici edittali previste, per la

fattispecie base, dal primo comma dell'art. 609 *bis* c.p. e, per la fattispecie circostanziata, dal terzo comma del medesimo articolo.

Dal divieto stabilito dalla norma censurata derivavano — attesa la palese sproporzione della risposta punitiva e, dunque, lesiva della finalità rieducativa della pena — conseguenze manifestamente irragionevoli sul piano sanzionatorio, tenuto conto della divaricazione tra i livelli minimi di pena previsti per la fattispecie base (cinque anni) e per quella circostanziata (un anno e otto mesi): per effetto dell'equivalenza tra la recidiva reiterata e l'attenuante, l'imputato subiva un aumento di pena nettamente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99 comma 4 c.p. (a seconda dei casi, della metà o dei due terzi).

La Corte ha riconosciuto la violazione, infine, del canone costituzionale di ragionevolezza, perché fatti anche di minima entità venivano irragionevolmente sanzionati con la pena prevista dall'art. 609 *bis* comma 1 c.p. per le ipotesi di violenza più gravi, vale a dire per condotte che, pur aggredendo il medesimo bene giuridico, sono completamente diverse sia per le modalità che per il danno arrecato alla vittima.

Le richiamate pronunce sono legate da un unico filo conduttore, ovvero la violazione del canone di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

c) Il giudizio di riprovevolezza (art. 27 commi 1 e 3 Cost.).

La Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 364/1998, ha introdotto un correttivo adeguatore ai principi della nostra *GrundGesetz* in tema di ignoranza della legge penale³³, formulando la regola del “giudizio di riprovevolezza”.

Secondo la Corte, la portata dell'art. 25 Cost. è svelata dall'interpretazione sistematica del primo comma dell'art. 27 Cost.

³³ Con la sentenza n. 364/1988 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. « nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile ».

Invero, una volta ricordati il primo ed il terzo comma dell'art. 27 Cost., è agevole constatare che, comunque s'intenda la funzione rieducativa della pena, la responsabilità penale postula almeno la colpa dell'agente, in relazione a tutti gli elementi più significativi della fattispecie tipica³⁴.

Non avrebbe, cioè, senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" rispetto al fatto, non ha, certo, "bisogno" di essere "rieducato".

Tutte le sentenze della Corte costituzionale, pur muovendosi nell'ambito dell'alternativa tra fatto proprio ed altrui, non hanno mancato di ricercare spesso un coefficiente soggettivo, anche se limitato, sul presupposto che il "fatto proprio" debba includere anche un simile coefficiente per divenire "compiutamente proprio" dell'agente.

In altri termini, la responsabilità penale sussiste esclusivamente per il fatto proprio, purché si precisi che per "fatto proprio" non s'intende il fatto collegato all'azione dell'autore dal mero nesso di causalità materiale, ma anche — e soprattutto — dalla componente soggettiva, costituita, in presenza della prevedibilità ed evitabilità del risultato vietato, almeno dalla "colpa" in senso stretto. Va, d'altro canto, evidenziato che, nell'ambito della fattispecie plurisoggettiva, il fatto comune diviene anche proprio del singolo partecipante in base al solo "*favorire*" l'impresa comune.

Occorre, dunque, verificare se le singole ipotesi criminose di parte speciale, collegate con le disposizioni di parte generale, siano o meno conformi, quanto ad elementi soggettivi, ai requisiti minimi richiesti dalle norme costituzionali, interpretate nel senso appena chiarito.

La necessità di muovere all'autore un "rimprovero" per la commissione dell'illecito, elevata al rango di esigenza costituzionale, non implica

³⁴ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 45, affermò, vigenti lo Statuto Albertino ed il Codice Zanardelli, che « il termine fatto è sempre usato dalla legge nel senso di fatto materiale, a prescindere dal requisito della colpa », intesa, quest'ultima, quale colpevolezza.

l'accoglimento di una delle molteplici concezioni "normative" della colpevolezza prospettate in dottrina, ma costituisce autonomo risultato, svincolato da ogni premessa concettuale, della interpretazione dei commi primo e terzo dell'art. 27 Cost.

Nella prospettiva costituzionale, il fatto punibile va, pertanto, inteso in una larga accezione, anche soggettivamente caratterizzata, e non in quella, riduttiva, d'insieme di elementi oggettivi: la « tipicità » del fatto, oggettiva e soggettiva, costituisce, così, primo, necessario presupposto della punibilità ed è chiaramente distinta dalla valutazione e rimproverabilità del fatto stesso.

Dal collegamento tra il primo e terzo comma dell'art. 27 Cost. risulta, altresì, la necessità che la violazione sia "rimproverabile", con la conseguente illegittimità costituzionale delle norme incriminatrici che non risultino essere espressione di consapevole contrasto con i valori della convivenza.

Il ristabilimento dei valori sociali "dispreziati" e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata "soggettiva antigiuridicità" del fatto.

Ne consegue che, qualora non si ritenesse la "possibilità di conoscenza della legge penale" requisito autonomo d'imputazione costituzionalmente richiesto, ugualmente si dovrebbe giungere alla conclusione che, tutte le volte in cui entra in gioco il dovere d'osservare le leggi penali (che costituisce specificazione di quello di osservare le Leggi della Repubblica *ex* art. 54 comma 1 Cost.), la violazione di tale dovere, implicita nella commissione del fatto-reato, non può certamente divenire rilevante, e dar luogo alla pena, in una pura dimensione obiettiva.

Poiché si verte in tema di applicazione di una pena, la violazione del precetto penale deve, dunque, essere "rimproverabile", sicché la impossibilità di conoscenza del precetto (e, pertanto, della illiceità del fatto) non ascrivibile alla volontà dell'interessato esclude necessariamente la punibilità.

Nell'ottica del sistema costituzionale, l'obbligo di non ledere i valori penalmente garantiti sorge e viene violato — attraverso la commissione del fatto-reato — soltanto se in capo all'agente sussiste, se non l'effettiva conoscenza del contenuto dell'obbligo stesso, quanto meno la "possibilità" della sua conoscenza.

d) Conclusioni

L'opera demolitrice svolta dalla Corte Costituzionale sulle norme che escludono il giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.* si fonda sul principio di ragionevolezza, leso nella parte in cui si ammette l'applicazione di una sanzione penale (o di un supplemento di sanzione penale) a prescindere dal giudizio di "rimproverabilità", che deve necessariamente tener conto della soglia di gravità del reato.

Come rilevato dalla Consulta, « le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit* », sicché « l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa »³⁵.

La esclusione di circostanze, aggravanti o attenuanti³⁶, dal giudizio di comparazione è costituzionalmente illegittima, incidendo significativamente —

³⁵ V., *ex multis*, le sentenze della Corte costituzionale n. 185/2015, n. 232/2013, n. 213/2013, n. 182/2011, n. 164/2011, n. 265/2010 e n. 139/2010.

³⁶ Osserva Cass., sez. V, 12 aprile 2002, n. 24711, che « la circostanza ad effetto speciale di cui all'art. 8 l. n. 203 del 1991 non è soggetta al giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, stante la obbligatorietà dell'attenuazione della sanzione, allorché ricorrano le condizioni per la sua applicazione e tenuto conto dell'intento primario perseguito dal legislatore, che è quello di offrire un incentivo concreto e non meramente eventuale al "pentito"; diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione, che, a seguito del giudizio di bilanciamento, un soggetto — cui pure è stata riconosciuta la attenuante della collaborazione (ex art. 8 citato) — potrebbe vedersi dichiarare prevalenti le aggravanti, con conseguente condanna — in caso di omicidio — all'ergastolo; ciò comporterebbe evidente vanificazione della "*ratio legis*", mentre la logica del sistema impone che la pena determinata a seguito della concessione della

ma la considerazione appare assiomatica — sulla quantificazione della pena e, di conseguenza, sulla funzione rieducativa di quest'ultima.

4. L'aggravante (comune) dell'aver commesso il fatto sprovvisto di patente di guida (art. 589 bis comma 6 c.p.).

Il comma 6 dell'art. 589 bis c.p. dispone che, se l'omicidio stradale è commesso da chi è sprovvisto di patente di guida, « la pena è aumentata ».

La previsione sembra raccordarsi con quella di cui all'art. 63 comma 4 c.p. — secondo cui « se concorrono più circostanze aggravanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo (*le circostanze aggravanti ad effetto speciale*), si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; ma il giudice può aumentarla » — anche se la coerenza sistematica sembra solo parziale, in quanto l'aumento di pena *ex art. 589 bis* comma 6 c.p. è obbligatorio.

L'art. 1 d.lgs. n. 8/2016 — intervenendo per l'ennesima volta sul punto — ha depenalizzato la guida senza patente, sicché, nell'ipotesi in esame, un illecito amministrativo costituisce anche circostanza aggravante di un reato.

La disposizione, almeno *prima facie*, non risulta stravagante, posto che, ad esempio, anche il "fatto ingiusto" di cui all'art. 62 comma 1, n. 2), c.p. non deve necessariamente costituire trasgressione di una norma giuridica, ma ben può risolversi nella mera violazione di regole di civile convivenza.

Nel caso di specie, appare, tuttavia, necessario interrogarsi sul rapporto tra l'aggravante *de qua* e l'art. 9 comma 1 della legge n. 689/1981, secondo cui « quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale ».

predetta attenuante si sottragga al giudizio di comparazione, in quanto la riduzione costituisce niente altro che il corrispettivo della collaborazione, cui è sinallagmaticamente legata ».

Posto che il citato art. 9 richiama un fatto « punito », sembra escluso dal campo di applicazione della norma il riferimento ad una aggravante, che determina un *plus* sanzionatorio per un fatto già punito in forma semplice: se così è, la previsione dell'aggravante, in quanto *accidentalia criminis*, è disposizione speciale rispetto al reato al quale accede, con la conseguenza che il disposto dell' art. 589 *bis* comma 6 c.p. sarebbe destinato a rimanere lettera morta.

5. Il prelievo ematico coattivo (art. 4 comma 1, lett. b, della legge n. 41/2016)

L' art. 4 comma 1, lett. b), della legge n. 41/2016 ha introdotto il comma 3-*bis* dell' art. 359 *bis* c.p.p., secondo cui « nei casi di cui agli articoli 589 *bis* e 590 *bis* del codice penale, qualora il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il decreto di cui al comma 2 e gli ulteriori provvedimenti ivi previsti possono, nei casi di urgenza, essere adottati anche oralmente e successivamente confermati per iscritto. Gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero al fine di sottoporlo al necessario prelievo o accertamento e si procede all'esecuzione coattiva delle operazioni se la persona rifiuta di sottoporvisi ».

Va rilevato, al riguardo, che la Corte costituzionale — con la sentenza n. 238/1986 — dichiarò costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 13 comma 2 Cost., l'art. 224 comma 2 c.p.p. nella parte in cui consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponesse misure che comunque incidessero sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei “casi” e nei “modi” dalla legge³⁷.

³⁷ C. Cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Foro it.*, 1997, I, c. 58. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del prelievo ematico coattivo, per l'espletamento di una perizia, aveva ritenuto che la disposizione censurata presentasse assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni positiva

Dal confronto con l'art. 224 c.p.p., l'art. 359 *bis* comma 3-*bis* c.p.p., come novellato dalla legge n. 41/2014, sembra denotare una sufficiente specificazione dei casi e dei modi nei quali si può procedere a prelievo coattivo³⁸.

Tuttavia, mentre il comma 7 dell'art. 224 c.p.p. dispone che « l'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato », secondo la norma di nuovo conio delle operazioni di prelievo è dato tempestivo avviso al difensore dell'interessato « che ha il diritto di assistervi » e, entro le successive quarantotto ore, il Pubblico ministero chiede al Giudice per le indagini preliminari la convalida, che deve intervenire nelle successive ulteriori quarantotto ore.

Il meccanismo — identico a quello previsto per le misure precautelari personali, nonché per le misure del divieto di accedere a manifestazioni sportive prevista dall'art. 6 comma 3 della legge n. 401/1989 — prevede un controllo giurisdizionale necessario, in quanto l'attività di prelievo coattivo eseguita dalla polizia giudiziaria costituisce, comunque, un atto invasivo della libertà personale.

Tuttavia, mentre per l'art. 391 c.p.p. « l'udienza di convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore dell'arrestato o del fermato », ai sensi dell'art. 6 comma 2-*bis* della legge n. 401/1989 (aggiunto dal d.l. 20 agosto 2001, n. 336, convertito con modificazioni dalla Legge 19 ottobre 2001, n. 377), « la notifica di cui al comma 2 (del divieto di accedere a manifestazioni sportive) deve contenere l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento ».

specificazione dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere alla esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale.

³⁸ Per una esaustiva sintesi dei problemi posti dal tema v. G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3567.

Invece, con riferimento al prelievo ematico coattivo, così come disciplinato dall'art. 4 comma 1, lett. b), della legge n. 41/2016, è necessario il solo preventivo avviso al difensore, ma non la sua presenza.

Può, dunque, sostenersi che la nuova disposizione non sia perfettamente armonizzata con il sistema delle garanzie imposto dalla Carta costituzionale e, segnatamente, con il principio della necessaria tutela della libertà personale.

6. L'inibizione disposta nei confronti del titolare di patente di guida rilasciata da uno Stato estero.

L'art. 223 d.lgs. n. 285/1992, come novellato dall'art. 6 della legge n. 41/2016, conferisce al Prefetto il potere di emettere un provvedimento di inibizione alla guida sul territorio nazionale nei confronti del titolare di « patente di guida rilasciata da uno Stato estero ».

Anche lo Stato membro dell'Unione Europea sembra rientrare tra quelli "esteri", in quanto l'Unione non è uno Stato federale né uno Stato confederato, ma un organismo che ricorda, a grandi linee, la Confederazione germanica del Nord voluta da Bismarck nel 1867³⁹.

Potrebbe sostenersi, quindi, che l'attribuzione al Prefetto del potere di inibizione alla guida in Italia, esercitabile nei confronti di chi è titolare di patente rilasciata da uno Stato membro dell'UE, integri una violazione degli obblighi comunitari⁴⁰ e, segnatamente, dell'obbligo di garantire il diritto di circolazione nei Paesi dell'Unione⁴¹, che costituisce — così come si evince

³⁹ Cfr. J. BREULLY, *La Formazione dello Stato nazionale tedesco*, Bologna 2004, p. 113 e 166.

⁴⁰ La regola della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno è sancita dall'art. 117 comma 1 Cost., secondo cui « la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ».

⁴¹ Sul punto, v. F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità Europee*, Milano 1996, p. 100 ss.

chiaramente dal trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009 — uno dei principi fondamentali del sistema normativo sovranazionale⁴².

⁴² Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 2015, p. 170 ss.