

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2020

### DIREZIONE SCIENTIFICA

Ennio AMODIO - Angelo GIARDA - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Giorgio SPANGHER - Alfonso M. STILE - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

### EDITORIALI

#### **Il processo penale ai tempi del Covid-19**

Sergio Moccia - **Riflessioni di un penalista ai tempi del coronavirus**

Giorgio Spangher - **Covid-19: nel disastro si vede chiaro**

Luigi Stortoni - **L'imputato ai tempi del Covid-19**

### ARTICOLI

Leonardo Filippi - **Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)**

Cristiano Cupelli - **I nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio**

### FOCUS

Antonino Galletti - Fabrizio Galluzzo - **Consiglio di Stato: insopprimibili oralità e contraddittorio nel processo penale**

## **Direzione scientifica**

Ennio Amodio - Angelo Giarda - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Giorgio Spangher - Alfonso M. Stile - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

## **Comitato scientifico**

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conto - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Massimo Donini - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Riscicato - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

## **Comitato dei revisori**

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi.

Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Pierpaolo Dell'Anno - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Stefano Fiore - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

## **Comitato di redazione**

Il *coordinamento redazionale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Silvia Astarita - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Donatello Cimadomo - Guido Colaiacovo - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Gaetano Galluccio Mezio - Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti\_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Presentazione p. 3

## **Editoriali**

SERGIO MOCCIA, *Riflessioni di un penalista ai tempi del coronavirus* » 5

GIORGIO SPANGHER, *Covid-19: nel disastro si vede chiaro* » 9

LUIGI STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19* » 13

## **Articoli**

LEONARDO FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)* » 23

FRANCESCO SCHIAFFO, *La criminalizzazione della parola: considerazioni tra diritto e processo su un probabile ossimoro* 47

CRISTIANO CUPELLI, *I nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio tra inerzia del parlamento e supplenza della corte costituzionale. Spunti dalla 'doppia pronuncia' sul caso Cappato* » 59

MARCO GAMBARDELLA, *Il nodo della "stabile messa a libro paga dell'agente pubblico" in tema di corruzione* » 87

LEONARDO SURACI, *Il reclamo avverso il provvedimento di archiviazione* » 107

MATTIA ROMANO, *La "nuova" legittima difesa sulla bilancia dei principi costituzionali. Ultime dalla Suprema Corte* » 119

## **Focus**

ANTONINO GALLETTI – FABRIZIO GALLUZZO, *Anche per il Consiglio di Stato sono insopprimibili i principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale* » 133

SILVIA TORDINI CAGLI, *Smart working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici* » 139

GIUSEPPE MURONE, *"Cura Italia" e detenzione domiciliare tra proclami ed effettività* » 151

GIAN MARCO CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori*

*sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative* » 159

DIAMANTE CECI, *Covid-19: le condotte vietate dalla legge e le sanzioni irrogabili* » 173

### **Dalle corti**

IACOPO BENEVIERI, *Se il processo penale diventa strumento di persecuzione politica, l'estradizione dev'essere negata* » 189

OTTAVIA MURRO, *Sull'incompatibilità a procedere, al successivo giudizio, del giudice che rigetta la richiesta di messa alla prova* » 203

DANIELE LIVRERI, *Una sentenza "a tutto campo", che suscita molti interrogativi* » 209

FABIO BALLARINI, *Reato ex art. 570-bis c.p.: accordo transattivo e precedente provvedimento giudiziario* » 219

**Pagine senza tempo**, a cura di IACOPO BENEVIERI  
*Arringa Alfredo De Marsico* » 229

### **Documenti**

COMUNICATO ASPP, *Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale. Il consiglio direttivo. Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza CoVid-19* » 245

COMUNICATO AIPDP, *Associazione italiana dei Professori di diritto penale (AIPDP). Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus* » 253

# PRESENTAZIONE

## Direzione scientifica

Lo sviluppo tecnologico accelera i tempi dell'informazione, anche in relazione alla possibilità di conoscenza e di conseguente azione degli operatori della giustizia.

Inevitabilmente, quindi, è necessario adeguare gli strumenti che possano corrispondere alle nuove sfide.

Gli strumenti informatici corrispondono a queste esigenze di tempestività senza per questo escludere la qualità dell'informazione e i necessari approfondimenti che la complessità della materia, soprattutto in relazione alle tematiche penali (sostanziali e processuali), prospetta, anche in relazione alla pluralità delle fonti ed al crescente ruolo della giurisprudenza.

Si è pensato, quindi, con la Pacini Editore, che si è da tempo proposta significativamente nel settore giuridico, scientifico e professionale, di offrire agli operatori uno strumento di informazione tempestivo e di approfondimento incisivo sulle tematiche della giustizia penale.

Si tratta di uno strumento che desidera essere inclusivo, aperto alla collaborazione di quanti vorranno apportare il contributo scientifico e professionale.

Ogni trimestre i contributi più significativi confluiranno nella rivista in pdf.

La piattaforma prospetta uno scheletro che si articola in breaking news, pressoché quotidianamente aggiornate, commenti approfonditi e a prima lettura, e informazioni dalle Corti. Non mancheranno i dibattiti su temi significativi e focus sugli argomenti di grande attualità. Si cercherà altresì di recuperare i contributi che nel presente hanno significativamente contrassegnato lo sviluppo della disciplina penalistica.

La piattaforma e la struttura saranno completate dal notiziario degli eventi e delle pubblicazioni.

Il punto centrale che la direzione vuole sottolineare è quello di offrire una tribuna aperta, che non si prefigge nessun obiettivo, diretto o indiretto, che non sia quello di consentire alle argomentazioni degli operatori della giustizia di offrirsi al confronto delle diverse opinioni.

## RIFLESSIONI DI UN PENALISTA AI TEMPI DEL CORONAVIRUS

**Sergio Moccia**

Questa pandemia ha generato un'emergenza sanitaria, sociale ed economica di proporzioni sconosciute. Essa accelererà cambiamenti che già cominciavano a prospettarsi, ma che si ipotizzavano graduabili nel tempo, ed invece richiedono un impegno immediato foriero di nuove energie e di nuove prospettive: sotto tanti profili occorrerà progettare il futuro. E i segni che mi paiono più evidenti da seguire sono quelli della solidarietà, dell'uguaglianza, della dignità; se vogliamo ricostruire una comunità che non faccia solo finta di esserlo dobbiamo impegnarci a far superare le difficoltà enormi, forse insormontabili, in cui si ritroveranno in tanti. Ma tutto deve avvenire in tempi brevi, come reazione allo shock che ci ha colpiti.

Si dice che ognuno debba fare la sua parte; mi turba la consapevolezza dei tanti che mettono a repentaglio la loro vita per salvarci, e qui mi viene in mente la pessima, risalente politica di tagli riservati a sanità e ricerca: l'inversione di rotta dovrà essere immediata.

La mia, modesta, parte è quella dello studioso, di lungo corso ormai, di diritto penale. E in questo settore viene in evidenza l'attuale situazione carceraria, che, com'è stato già più volte rilevato, rappresenta un fattore di grave rischio di contagio epidemico relativamente ai detenuti, al personale carcerario ed ai familiari.

I provvedimenti adottati dal Governo appaiono del tutto insufficienti. Con l'art. 2, commi 8 e 9, d.l. 8 marzo 2020, n. 11, in sostanza ci si è limitati a 'chiudere' il carcere, senza tuttavia renderlo impermeabile. L'art. 123 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, invece, contiene mere semplificazioni dell'accesso all'esecuzione della pena detentiva non superiore a 18 mesi presso il domicilio, già previsto dall'art.1 l. n. 199/2010, con l'imposizione del braccialetto elettronico, che rende pressoché inapplicabile la disciplina, data la nota carenza dei relativi dispositivi. L'art. 124 dello stesso d.l. consente di prolungare le licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà" fino al 30 giugno 2020; ma l'incidenza di tale disposizione è scarsissima, dato l'esiguo numero dei beneficiari.

Ci sarebbe invece necessità di ulteriori misure, da inserire al più tardi in sede di conversione del d.l. n.18/2020, quali il differimento dell'emissione dell'ordine di esecuzione delle condanne fino a quattro anni, per limitare i nuovi ingressi in carcere; la modifica dell'art. 123 d.l. n. 18/2020, con l'innalzamento a due anni del limite di pena detentiva, anche residua, eseguibile presso il domicilio e la previsione della facoltatività del controllo elettronico; la reintroduzione di uno strumento temporaneo già rivelatosi efficace, ossia la liberazione anticipata speciale di cui all'art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, che aveva portato da 45 a 75 giorni a semestre la detrazione di pena prevista; la previsione della possibilità per tutti i semiliberi e gli ammessi al lavoro all'esterno, che abbiano già dato prova di buona condotta, di permanere presso il proprio domicilio o altro luogo di assistenza; l'introduzione di una disciplina che imponga al giudice di tener conto, al momento della scelta della misura cautelare, anche dell'attuale emergenza sanitaria legata al coronavirus, in modo da disporre più spesso gli arresti domiciliari in luogo della custodia in carcere; l'adozione di misure straordinarie volte a gestire l'emergenza all'interno delle carceri, così come all'interno delle REMS e dei centri di permanenza per il rimpatrio e di accoglienza per i migranti.

Tutto ciò è stato ampiamente proposto in un eccellente documento a cura del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale. Ma temo che sia sfuggito al nostro Ministro della Giustizia, molto distratto, poco informato e tuttavia poco propenso a lasciarsi informare, come dimostrano le disastrose riforme in materia di corruzione e di prescrizione.

Ma un discorso di più ampio respiro va riservato alle ragioni dei detenuti, ridotti, per le condizioni in cui versano, ad 'avanzi della giustizia'. Vanno riviste, in una prospettiva di rifondazione socio-istituzionale, struttura e funzione del carcere. Va subito detto che da decenni ormai l'ispirazione al canone *law and order* ha fatto da supporto a prassi e legislazione, connotate in senso autoritario, per una sempre rinnovata esaltazione del carcere. Conseguenze immediate sono state il sovraffollamento e l'abuso della custodia cautelare o carcerazione preventiva, come viene più realisticamente definita in Costituzione la detenzione prima della condanna definitiva. Quest'ultima, in base all'art. 13 Cost. avrebbe dovuto essere un'eccezione ben circoscritta, ma così non è; e la detenzione di decine di migliaia di persone in attesa di giudizio, spessissimo di primo grado, mortifica un altro principio costituzionale di altissimo valore civile: la presunzione di non colpevolezza. Per non parlare poi degli abusi della carcerazione preventiva per finalità di 'collaborazione', che violano innanzitutto la dignità umana, per dar vita ad una sorta di tortura e, di conseguenza, violano anche il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

E, a questo proposito, viene in causa il sovraffollamento per cui più volte siamo stati bacchettati da Strasburgo. Esso dà vita ad una situazione di degrado, di malessere, testimoniata dai frequenti suicidi in carcere e dalla pratica impossibilità di realizzare progetti di rieducazione, così come di cura. Ed infatti uno Stato civile deve favorire l'idea del minor numero possibile



di persone penalmente perseguite che debba essere carcerizzato. Le cose, invece, stanno in maniera profondamente diversa e ciò dipende da un'esaltazione repressiva, tanto irrazionale sul piano degli effetti, quanto deleteria sul piano dei diritti, come viene confermato dall'assenza di un incremento dei delitti denunciati. Ed è soltanto ingenuo, se non segno di malafede, a fronte di questo dato, attribuire l'incremento delle carcerazioni ad una rinnovata efficienza nella persecuzione di reati di mafia o di corruzione. In termini percentuali i numeri relativi a questi fatti sono del tutto esigui!

Come da tradizione, la repressione finisce per orientarsi verso le fasce di marginalità via via emergenti: gli 'oziosi' e i 'vagabondi' attuali sono i tossicodipendenti e gli immigrati, preferibilmente di colore. Secondo il consueto, miope schema rigoristico-repressivo, con il ben noto bagaglio di intolleranza, illiberalità, sterile simbolicità, approssimazione, ad un contrasto legittimo, purché sempre rispettoso di regole di umanità, di pur allarmanti fenomeni criminali, si abbina una repressione di tipo carcerario ingiustificata e contraria ai principi costituzionali di riferimento. In realtà il carcere, nella sua concreta articolazione, si è strutturato come un indifferenziato contenitore di varie fenomenologie di devianza, unito dal disegno di indiscriminata repressione, quale esige la dominante, sbrigativa prospettiva della deterrenza; ciò è ampiamente testimoniato dall'abbandono al mero custodialismo di svariate decine di migliaia di persone, con un totale tradimento della funzione di rieducazione normativamente stabilita.

Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta. Le ragioni possono essere le più diverse, ma essenzialmente ciò si verifica perché è ancora radicato l'equivoco - che un improvvido legislatore e parte dei giudici assecondano - dell'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge quello insito nell'idea secondo cui più dura è la pena, maggiormente si realizza la giustizia.

Nulla di più falso! E allora che fare?

Dovremmo, in coerenza con le considerazioni iniziali, immediatamente far fronte al sovraffollamento, intraprendendo un'ampia, articolata e generosa sperimentazione di alternative alla detenzione, in maniera tale da consentire condizioni di vita civili a chi resta in carcere, ovviando anche alle gravi carenze igienico-sanitarie, ma non solo, bensì creando le condizioni per un effettivo esercizio dei diritti alla cura, al lavoro ed all'istruzione. Altrettanto immediatamente dovremmo inoltre sbarazzarci di tutti quegli arnesi rigoristici che affastellano il nostro ordinamento, a partire dalle varie 'ostatività' diverse dalla valutazione del percorso di rieducazione del detenuto, dalla eliminazione di forme di carcere duro, pur nel rispetto di eventuali esigenze di controllo stretto per casi particolari; e ciò all'interno di una radicale revisione del sistema delle sanzioni, magari a binario unico, che finalmente si liberi dell'ergastolo, questo retaggio di inciviltà che sicuramente contrasta con il principio della rieducazione e non solo con esso. Ma questo è unicamente il tracciato di una prima tappa. Successivamente, ma non troppo, si dovrà rimettere mano all'intero sistema penale, per renderlo vicino alle ragioni dell'uomo.

La precondizione di queste riforme, riallacciandoci all'inizio di queste considerazioni, consiste in un'opera radicale di 'rieducazione', ma della società e delle istituzioni; se questa non avviene, saremo punto e a capo, e non solo in rapporto ai problemi del carcere, ma anche, e soprattutto, a quelli del vivere civile.

## COVID-19: NEL DISASTRO SI VEDE CHIARO

**Giorgio Spangher**

1.

Le situazioni di eccezionalità da sempre sono strumenti per la compressione di diritti fondamentali delle persone. Poste a bilanciamento con i diritti, li comprimono, li ridimensionano. Anche l'attuale situazione emergenziale non sfugge a questa regola. Il dato, come evidenziato ormai dalla comunità dei giuristi, riguarda quasi tutti i profili, ognuno nei suoi settori di "competenza".

In breve sintesi: principio di legalità, poteri dell'esecutivo, ruolo del Parlamento, rapporto Stato-Regioni; rapporti scienza-politica.

Questi elementi si ripercuotono "a cascata" sulle diverse materie e aree interessate dall'azione normativa e amministrativa.

Inevitabilmente l'emergenza ha interessato la materia della giustizia penale e come sta emergendo la interesserà nel prossimo futuro (il riferimento è alle responsabilità della politica e degli operatori sanitari).

Guardando, per il momento all'attualità, si impongono due riflessioni. La situazione di eccezionalità che si sta attraversando si differenzia in parte dalle altre sotto diversi profili.

A differenza del terrorismo, dalla criminalità organizzata, da quella sicuritaria, da quella economica, quella in corso riguarda l'intera società, e non una parte - ancorché diffusa - di essa.

In altri termini, l'emergenza sanitaria coinvolge l'intera società in tutte le sue articolazioni, pur nella loro possibile differenziazione e specificità.

In secondo luogo, a differenza delle altre emergenze, pur con il suo indeterminato - allo stato - protrarsi, dovrebbe essere orientata ad un suo ridimensionamento, e sperabilmente ad un suo esaurimento.

Questi due dati impongono alcune ulteriori riflessioni generali, che devono costituire la premessa per orientarsi - da subito - all'uscita dal periodo emergenziale.

Per fugare il pericolo che si vogliano protrarre le previsioni derogatorie, va da subito precisato che queste opereranno esclusivamente nel periodo transitorio.

Il rischio di protrarre nel tempo le deroghe e le prassi è indubbiamente forte.

Non si vuol dire che alcune sperimentazioni non potranno trovare operatività nel prossimo – anche recente – futuro.

Bisogna evitare che l'eccezionalità diventi la norma, forzando gli attuali dati normativi.

Per fare questo, oltre a quanto detto, in ordine alla condivisione della temporalità della attuale fase, appare necessario ribadire con forza che l'esaurimento dell'emergenza implicherà il ritorno alla disciplina ordinaria.

Su questo dato di partenza potranno essere costituite e codificate nella legge quelle innovazioni che l'esperienza dell'emergenza ha permesso di sperimentare, evidenziando la funzionalità e l'esclusione dell'erosione delle garanzie.

Questo elemento innesta un'altra riflessione: la necessità di recuperare le previsioni emergenziali da dentro il sistema vigente, evitando "fughe in avanti".

Invero, l'attuale sistema normativo consente di agire negli spazi interstiziali delle attuali previsioni di legge, in quella discrezionalità che già il legislatore prevede, interpretata alla luce delle emergenze che la situazione sanitaria impone.

In tal modo, sarà possibile su questa base "recuperare" quella positività che l'emergenza ha indotto ovvero "ripristinare" l'originalità delle previsioni che il superamento della contingenza imporrà.

2.

Scendendo – seppur per flashes – nel dettaglio di alcune situazioni critiche che l'emergenza sta evidenziando, il panorama, fra le altre, comprende quelle legate innanzitutto allo sviluppo telematico della giustizia penale.

Se indubbiamente alcune modalità informatiche di attività processuali potranno – forse dovranno – essere confermate, come quelle legate all'uso della pec, alla trasmissione degli atti, alle iniziative processuali, alle notificazioni, molte cautele, se non addirittura, l'oblio, dovrà essere riservato ad alcune modalità di procedimenti a distanza che pregiudicano fortemente il ruolo della difesa.

Non si tratta cioè soltanto del perfezionamento delle tecniche, ma proprio del "recupero" della centralità della celebrazione nelle aule dei palazzi di giustizia, da ripristinare da subito, pur nella necessità di assicurare *medio tempore* il distanziamento sociale.

Il tema si colloca anche in una prospettiva più ampia legata alla tutela della riservatezza, come si dirà, in conclusione, in relazione alle incerte garanzie assicurate dagli attuali strumenti informatici e dalle modalità con le quali si intendono celebrare i processi.

Un ulteriore elemento scivoloso del tema, forse quello ancora più insidioso, in quanto si inserisce sia nella vocazione della Cassazione, sia in "prassi" nel rito presso la Suprema Corte, sta in una certa accondiscendente comodità del ceto forense, la tendenza al procedimento cartolare.

3.

L'emergenza mentre fa accelerare gli sviluppi del processo a distanza sconta ritardi in punto di custodia cautelare e di esecuzione della pena.

Sotto il primo profilo, infatti, il legislatore si premura di assicurare la custodia cautelare in carcere, prevedendo la sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, le convalide dell'arresto e del fermo, con possibile celebrazione del rito direttissimo e la sospensione della definizione dei procedimenti di gravame in materia di misure cautelari.

In sostanza, si evita di considerare, con riferimento alla custodia cautelare in carcere, ogni possibile soluzione interpretativa e applicativa che pur sarebbe possibile considerare.

Si è, cioè, scaricato sulla magistratura l'interpretazione delle condizioni delle cautele, senza fornire nessuna indicazione sul punto in considerazione dello stato delle carceri con riferimento alla situazione della diffusione dell'epidemia all'interno delle strutture penitenziarie.

Il secondo profilo è quello più direttamente carcerario esecutivo, connesso cioè all'espiazione della pena.

Recuperando in parte le previsioni della legislazione svuota carceri si sono ritagliate selettive previsioni di operatività per i detenuti, il cui percorso verso la libertà è limitato agli ultimi diciotto mesi, di una uscita dagli istituti penitenziari verso la detenzione domiciliare, in presenza di presupposti comportamentali positivi ed esclusioni connesse a ritenuta – anche presuntivamente – pericolosità sociale.

Si tratta di un quadro eminentemente giuridico-normativo.

Quello che manca è una valutazione del Ministro della salute – non della sanità – sulle condizioni restrittive nel contesto dell'epidemia.

In altri termini, non solo il Ministero deve fornire le condizioni sanitarie ordinarie, all'interno degli istituti penitenziari, ma, quindi, anche quelli eccezionali nelle situazioni di una epidemia diffusa e pericolosa come quella in atto.

Del resto, già l'art. 286-*bis* c.p.p. prevede – seppur con riferimento alle condizioni di diffusione dell'HIV – che con decreto del Ministro della sanità, di concerto con quello della giustizia, si verifichino le condizioni soggettive e oggettive della restrizione cautelare (ma anche definitiva) nel carcere.

Peraltro, se al Ministro spetta la competenza di definire e di concorrere a definire gli standard comportamentali dei cittadini, fuori dal carcere, non appare sostenibile che non debba valutare la condizione penitenziaria, tenuto conto che la salute è un diritto fondamentale non solo individuale ma posto a presidio dell'intera collettività.

4.

La fase che il Paese sta attraversando evidenzia alcuni profili che non possono non allarmare.

Si tratta di questioni connesse alla tutela individuale e collettiva della riservatezza in una prospettiva ancora più ampia di quella che si è in precedenza segnalata.

Si tratta della presenza di meccanismi di controllo collettivo dei movimenti delle persone, di verifica allo stato ipotizzabile come volontaria, di alcune condizioni e restrizioni sociali individuali, che si aggiungono alle già segnalate propensioni personali scandagliate e sondate in modo penetrante.

Era stato ipotizzato e il futuro ci ha raggiunto.

## L'IMPUTATO AI TEMPI DEL COVID-19

Luigi Stortoni

**Sommario:** 1. La questione. – 2. La custodia cautelare. – 3. Retroattività o ir-retroattività. – 4. La prescrizione. – 5. Il diritto penale del Covid-19 ed i diritti del cittadino.

## ABSTRACT

*L'eccezionalità della situazione conseguente all'epidemia del coronavirus può giustificare interventi normativi eccezionali purché compatibili con la Costituzione.*

*Le norme contenute nel recente D.L. "Cura Italia" che dispongono la sospensione dei procedimenti penali mostrano profili di illegittimità costituzionale laddove comportano dilatazioni della custodia cautelare irragionevoli e con effetto retroattivo nonché ingiustificati prolungamenti dei termini di prescrizione.*

*The exceptional situation following the coronavirus pandemia may justify exceptional regulatory measures, but in harmony with the Constitution.*

*The rules laid down in the Decree-Law "Cura Italia", that provide the suspension of the criminal proceedings, show illegitimacy constitutional profiles where they involve unreasonable and retroactive deferrals of the pre-trial detentions and where they unduly extend the duration of the crimes' limitation periods.*

## 1. La questione.

Le disposizioni in materia penale della recente decretazione d'urgenza – poi convertita in legge – ripropongono e (ri)attualizzano tematiche note, sofferte e, per altri versi, scontate; quelle attinenti alla custodia cautelare e alla prescrizione, se non anche quella della compatibilità dell'uso del decreto legge in materia penale con il principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione.

Problematica quest'ultima che appartiene forse all'archeologia del diritto penale costituzionale perché superata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, pur con alcune limitazioni – penso alle censure rivolte a suo tempo alla prassi di reiterazione del medesimo decreto legge – ha da tempo legittimato la decretazione d'urgenza in materia penale.

Posizione all'epoca posta in discussione con argomenti tutt'altro che trascurabili<sup>1</sup>.

Ma, tornando ai due temi enunciati in esordio, a me pare innegabile che essi ripropongano – anzi impongano – la riflessione nella loro problematicità – per così dire – di fondo.

Essi, pur tra loro differenti, hanno a ben vedere una comune convergenza nel diritto di libertà del cittadino a confronto con il diritto penale.

Presto detto: le norme evocate – ed il riferimento è all'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (e successive proroghe) – prevedono sospensioni del decorso della custodia cautelare e della prescrizione che possono risolversi in danno dell'imputato – detenuto o libero a seconda dei casi – che egli difficilmente e non sempre può impedire.

Il combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 83 del decreto, nel disporre la sospensione «del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali» dal 9 marzo al 15 aprile 2020 (comma 2), termine poi prorogato all'11 maggio dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23 e nello statuire (comma 4) che «nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale» può, infatti, provocare l'effetto sopradetto.

## 2. La custodia cautelare.

A processo sospeso la custodia cautelare non decorre e se i termini vengono in scadenza nel lasso di tempo sopradetto l'imputato non verrà scarcerato; se queste verranno a scadenza dopo quel periodo, si computerà a suo carico quello stesso lasso di tempo.

Vero è che il comma 3 del citato art. 83, nel prevedere le eccezioni alla sospensione dei procedimenti, dispone che questa non opera – e quindi lo

---

<sup>1</sup> Cfr. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, 269 ss.



stesso vale per la custodia cautelare – se l'imputato o il suo difensore «*richiedono che si proceda*», ma ciò, se attenua il problema, è – a mio avviso – ben lungi dal risolverlo.

Va, poi, ulteriormente rilevato che il meccanismo così creato, ponendo a carico dell'interessato l'onere di attivarlo per impedire l'effetto per lui dannoso, sottende un rapporto tra esigenze processuali e libertà individuale in cui sono le prime a prevalere sulla seconda.

I due rilievi a ben vedere – pur collocandosi su piani diversi – si avvalorano a vicenda.

Perché l'effetto pregiudizievole non si realizzi occorre immaginare un detenuto ed un difensore che immediatamente si preoccupino di formulare una istanza con cui manifestano la loro volontà di far proseguire il procedimento.

Ma non pochi sono i problemi e gli interrogativi che si pongono; non è specificato a chi quella richiesta vada presentata, né quale ne sia l'esito; se essa è idonea a provocare immediatamente l'effetto.

Se si è in sede di indagini preliminari basterà chiedere al PM di genericamente “*procedere*”; o dovrà richiedersi una qualche attività: la assunzione di un teste, l'emissione del provvedimento ex art. 415-*bis* c.p.p.; la richiesta di archiviazione o il rinvio a giudizio? Se si è in attesa dell'udienza del GUP, che l'udienza venga fissata? E se già fissata, cosa può domandarsi?

E così potrei continuare.

Ma, mi chiedo, siamo certi che – laddove i termini siano in scadenza o scaduti – ne seguirà subito la liberazione dell'imputato detenuto?

Ne dubito non poco e per altro ho notizia che alcune Procure si sono già espresse in senso negativo, rinviando le scarcerazioni per decorrenza termini alla fine del periodo di sospensione.

Fatto è che i termini linguistici usati – richiesta di «*procedere*» – sono così generici da lasciare spazio ad ogni possibile utilizzazione.

E ancora: ammesso – ma a mio avviso poco concesso – che la domanda dell'imputato o del suo difensore serva – di per sé solo et *ipso jure* – a “sbloccare” il decorso dei termini, il suo effetto sarà la ricomputazione del tempo dal 9 marzo o solo dal momento della domanda? In questa seconda – e più probabile ipotesi – i giorni di carcerazione precedenti resteranno sul groppone – per così dire – dell'imputato.

Nel caso, poi, in cui il termine di custodia non maturi nel periodo di sospensione, ma più tardi, questo stesso sarà aggiunto al termine a meno che il detenuto sia così accorto e diligente da fare subito – come dire “ora per allora” – la “*richiesta che si proceda*” all'Autorità Giudiziaria che in quel momento detiene il fascicolo.

E per i detenuti non così vigili o che hanno difensori non altrettanto diligenti? Per costoro la custodia cautelare “*aumenterà*”: la loro inerzia sarà sanzionata di fatto – mi azzardo a dire – con pena detentiva?

In realtà un sistema a dir poco macchinoso che non può impedire che molti giorni o mesi di custodia cautelare si aggiungano ai termini fissati dagli articoli 303 e 308 c.p.p.

Né si invochi, con la pretesa di negare che si verifichino gli effetti sin qui paventati – come pure s'è ventilato da qualche parte – il fatto che non viene interrotta la decorrenza del termine di cui all'art. 304,6 c.p.p. perché si tratterebbe d'argomento tanto infondato d'apparire ipocrita stante il carattere, per così dire, residuale, generale di quel limite come tale inidoneo ad impedire gli effetti negativi già verificatisi per il mancato o ritardato scadere dei termini di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p. Per altro questo stesso rimedio è stato depotenziato dallo art. 36.2 del sopramenzionato d.l. n. 23/2020 che ha sancito l'inapplicabilità della sospensione ai procedimenti di cui il termine dell'art. 304 c.p.p. scada nei 6 mesi successivi all'11 maggio 2020.

In realtà è più che evidente il sacrificio della libertà personale che questa disciplina può provocare ed è altrettanto chiaro che lo stesso non può essere giustificato da ragioni di efficienza processuale. E ciò sia perché non è chiaro quali queste sarebbero, sia e ancor più perché le stesse non basterebbero comunque allo scopo ove si abbia appena a mente la gerarchia dei beni che la Costituzione sancisce e si ricordi che la libertà personale è “*inviolabile*” ai sensi dell'art. 13 della summenzionata Carta.

Ciò che di contro pare avere a cuore il legislatore – *rectius* il Governo – è che i detenuti in attesa di giudizio “*non si sottraggano*” alla misura anche se il processo – a torto o ragione – tarda; l'importante è che essi restino in carcere.

Ma c'è qualcosa di ancor più grave; una vera schizofrenia del sistema. Mentre infatti il detenuto in esecuzione, il cui residuo pena lo consenta, può lasciare il carcere per accedere a misura meno afflittiva, l'imputato – presunto innocente e magari accusato dello stesso reato – deve restare in carcere. Dovrà continuare a subire un danno alla sua libertà che – nello stato attuale del carcere rispetto al coronavirus – può trasformarsi in danno alla salute o addirittura alla vita. E – appena il caso di dirlo – nella più parte dei casi si tratta di una persona che o in quanto assolta o prosciolta, o per altra ragione non dovrà tornare in carcere.

Ma allora va detto senza esitazione che questa disciplina sottende una presunzione di colpevolezza e si muove in senso opposto all'art. 27 comma 2 della Costituzione; sottende che quella restrizione della libertà sia “*carcerazione preventiva*”, come realisticamente la chiamava Rocco anziché “*custodia cautelare*” come pudicamente, ma con non poca ipocrisia, la chiamiamo ora.

Ai fondati dubbi di incostituzionalità di queste norme rispetto alla presunzione di innocenza credo si possano – non senza qualche ragione – aggiungere eguali perplessità anche rispetto all'art. 13 della Carta.

Se rispetto al principio di inviolabilità della libertà personale, infatti, le norme in esame non si pongono in aperto contrasto, a me paiono – riprendendo una locuzione che a suo tempo fu usata, se ben ricordo, per stigmatizzare la difficile compatibilità con l'art. 25.2 Cost. della prassi di reiterazione del medesimo decreto legge decaduto contenente norme penali cui ad altro proposito prima facevo cenno – “*in frode alla Costituzione*”.

Ma se pure tutto ciò è vero – se è vero che la normativa in tema di custodia cautelare del decreto “cura Italia” presenta aspetti di illegittimità costituzionale – al danno pare aggiungersi la beffa ove si rifletta sul fatto che lo stesso controllo di costituzionalità pare, da un lato, difficilmente esperibile e dall’altro di scarsa portata. Dubbi possono sussistere, infatti, sulla rilevanza della relativa eccezione e ancor più sugli effetti della stessa sentenza di incostituzionalità.

Non può, infatti, non considerarsi al riguardo che l’eventuale questione di illegittimità costituzionale – pur ammesso che sia agevole, e certo non lo è affatto, individuare la sede giudiziaria o giurisdizionale in cui poterla sollevare e pur ammesso che venga accolta con rinvio degli atti alla Consulta e che questa la condivida – non potrebbe dare soddisfazione a chi l’ingiusto carcere abbia già subito<sup>2</sup>.

Ci troviamo, allora, in presenza di un abuso del legislatore forse non “*giustiziabile*”, di certo il cui danno è, per gran parte, irreparabile.

### 3. Retroattività o irretroattività.

Disciplina – quella in esame – che, in quanto processuale, pretende d’averne immediata applicazione anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Di più, potrebbe dirsi che ciò è inevitabile posto che la stessa si colloca nel quadro di una normativa eccezionale che corrisponde alla eccezionalità della situazione e che da essa trae, ovviamente, unica ragione d’essere.

Ma va da sé che se il decreto legge nel suo complesso ovviamente è non solo legittimo ma – al di là della divisibilità o meno delle singole disposizioni – utile e financo necessario, onde la sua immediata operatività, intatto resta il problema della sua legittimità laddove, per così dire, impatta con la libertà personale e, più in generale, quando concerne il penale.

In questo caso oltre ai profili, che potremmo dire contenutistici di cui ho detto, v’è quello della operatività nel tempo; e anche da esso non può prescindersi.

Né varrebbe obiettare, per negare il problema, che se si dovessero ritenere inapplicabili le disposizioni che stiamo esaminando ai fatti commessi prima della loro emanazione, la loro stessa ragion d’esistenza verrebbe meno. Sarebbe infatti obiezione inaccettabile perché si tradurrebbe nell’asserire la legittimità di norme in contrasto con la Costituzione sol perché eccezionali; il che costituirebbe un evidente sovvertimento della gerarchia delle fonti.

Appena il caso di dire che le norme eccezionali esistono anche in materia penale ed hanno piena legittimità nell’ordinamento che si preoccupa addirittura

---

<sup>2</sup> Forse unico magro risultato potrebbe essere – ma solo in caso d’assoluzione e con i noti limiti dell’istituto – il risarcimento per ingiusta detenzione.

tura di sancirne la ultrattività (art. 2 c.p.); ma le stesse non possono derogare al principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione.

Il problema è allora quello ben noto di fissare la portata di questo principio; se esso s'arresta alla incriminazione e al diritto penale sostanziale o va esteso a tutte le norme che, in qualsivoglia maniera, incidono sulla libertà personale.

Torna il tema, mai sopito, delle limitazioni della libertà del cittadino non in esecuzione di pena; del carcere dell'imputato; di chi non è stato ancora condannato. E ad esso non ci si può sottrarre anche se dalla risposta positiva al quesito circa la irretroattività della disciplina della custodia cautelare nel caso qui in discussione dovesse desumersi la caducazione di quella regolamentazione. Anzi viepiù ciò vale in questa prospettiva almeno per chi ritenga che la Costituzione è ancora sopra ordinata rispetto alla legge ordinaria<sup>3</sup>.

Al riguardo non è scontata – come si vorrebbe – la risposta nel senso della applicabilità delle norme in questione anche ai fatti pregressi.

È ben vero che la giurisprudenza della Suprema Corte sostiene che le norme sulla custodia cautelare, in quanto norme processuali, vanno applicate secondo il criterio del "*tempus regit actum*"; è altrettanto vero che l'ha sancito nella più solenne composizione a Sezioni Unite<sup>4</sup>; che la stessa Corte Costituzionale ha digerito questo che per la stessa – a mente del suo ruolo e dei principi costituzionali – non può che essere stato un amaro boccone<sup>5</sup>.

È, però, altrettanto vero e significativo che la dottrina ha da sempre sostenuto, con argomenti diversi e forti, che l'esoterica formuletta invocata non basta a coprire l'ipocrita equiparazione, nella categoria del "*processuale*", alle norme sulle prove, di quelle che incidono sulla libertà personale; che la Costituzione non tollera questi inganni e che il principio d'irretroattività non può fermarsi alla forma quando c'è di mezzo il carcere *aut similia*<sup>6</sup>.

Non è senza rilievo, al riguardo segnalare come la irretroattività delle norme in tema di carcerazione preventiva era sostenuta prima o a prescindere dalla Carta Costituzionale<sup>7</sup>.

Può dirsi, quindi, che questi assunti appartengono alla cultura liberale della scienza penale, motivo ulteriore per ritenere che siano recepiti dalla Costituzione.

Se mi è concessa una citazione storica, nella seconda metà dell'ottocento Gabba scriveva: «Siccome non è esclusa la possibilità che anche le leggi di rito ... contengano principi e disposizioni influenti direttamente o indiretta-

---

<sup>3</sup> Sul tema sovengono le lucide e sapide riflessioni del Professor Gallo nel suo recente pamphlet *Postilla di un penalista ad una costituzione (fino a quando) sovrana*, Torino, 2019.

<sup>4</sup> Cfr. Ia – ben nota – Cass., S.U., 30.5.2006, n. 24561.

<sup>5</sup> C. cost., 1° febbraio 1982, n. 15.

<sup>6</sup> Cfr. tra i tanti, NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982.

<sup>7</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Il ricorso in cassazione contro la sentenza della Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in *RDP*, 1946, II, 82.

mente sulla punizione .... noi crediamo potersi utilmente restringere la generalità del principio che le leggi di rito processuale sono retroattive»<sup>8</sup>.

Non tutti probabilmente rammentano che lo stesso legislatore del '30 non era insensibile a questa problematica se è vero che, nell'emanare il codice di procedura penale, si preoccupava di sancire – nell'art. 68 delle disposizioni transitorie – che «all'imputato in stato di detenzione preventiva nel giorno dell'entrata in vigore del codice di procedura penale si applica la disposizione circa la custodia preventiva del codice di procedura penale abrogato in quanto più favorevole».

Che ancora una volta ci tocchi il triste destino di rimpiangere Rocco?! Non sarebbe, infatti, la prima volta.

D'altro canto se è vero che la giurisprudenza – come prima dicevo – nega l'irretroattività delle norme sulla custodia cautelare, è altrettanto vero che non è sempre stato così.

Molti tra i più giovani forse ignorano che negli anni sessanta e settanta del secolo scorso la stessa Cassazione non esitava a dire che le disposizioni che fissano i presupposti e i limiti delle misure coercitive sono «formalmente di diritto processuale, ma sostanzialmente di diritto penale, in quanto incidono nel contenuto obbligatorio penale del rapporto punitivo (assoggettamento dell'imputato ad espiazione anticipata di eventuale condanna in termini di privazione della libertà personale)»<sup>9</sup>.

Poi a metà degli anni settanta cambia, per così dire, la musica, cambia il quadro esterno, la situazione politica; le battaglie garantiste lasciano il posto dell'unanime difesa dell'ordine pubblico.

Sono gli anni della legge Fanfani Reale, poi del terrorismo, dell'uso promozionale del diritto penale ecc., fino, di poi, a tangentopoli: storia nota. Coerentemente, muta la giurisprudenza in tema di custodia cautelare; inascoltato diviene il parere della dottrina. Un dato però, vorrei ricordare, proprio con riferimento a quest'ultimo periodo: ebbene, pur in piena "*tangentopoli*", quando – nella crociata anticorruzione – i magistrati del pool della Procura milanese, assecondati da alcuni docenti, sottoscrivono un documento con «Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti»<sup>10</sup> nel quale, si prevede un inasprimento, oltreché delle pene, anche della custodia cautelare, si ha cura di precisare che ciò vale «solo per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore dalla presente legge» (art. 9.2).

Non sopita quindi, neanche in quella temperie penale, la preoccupazione garantista.

<sup>8</sup> Cfr. GABBA, *Teoria della retroattività della legge*, II, Pisa, 1869, 453, citato da MAZZA, *La norma processuale penale sel tempo*, Milano, 1999, 171, al quale rinviamo per l'ampia trattazione del tema con relativi riferimenti bibliografici.

<sup>9</sup> Per tutte cfr. Cass., Sez. II, 6.10.1970, in *Cass. pen.*, 1971, 1456.

<sup>10</sup> Lo si legga in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1025.

Avvicinandoci all'oggi, tanti sono i segni di crisi del "*tempus regit actum*" rispetto alle misure che incidono sulla libertà personale e non credo sia il caso di dilungarmi ad illustrarli.

In questa nuova direzione può dirsi che oggi si muova complessivamente la realtà, sia con riferimento al diritto interno che a livello sovranazionale.

Il muro tra processuale e sostanziale, con la conseguente speculare distinzione tra norme irretroattive e no, è crollato in più punti tanti i formidabili i colpi infertigli: dalla sentenza della Corte EDU "*Scoppola*" e conseguenti in tema di riti alternativi; alle plurime pronunce della stessa Corte<sup>11</sup> e così a quelle - ancor più rilevanti - della Consulta sulle pene e in specie sulla pena detentiva ma non solo<sup>12</sup>, fino all'ultima e ancor più significativa e ben nota sul famigerato art. 4-*bis* della legge 3/2019, c.d. spazzacorrotti, dovuta non a caso alla penna di un fine giurista<sup>13</sup>.

È allora forse tempo di dire, senza se e senza ma, che la libertà individuale è bene inviolabile perché pre-giuridico come recita l'art. 13 della Costituzione, che le sue limitazioni sono eccezionali e ciò anche in forza della presunzione di innocenza di cui all'art. 27 della Carta e che la retroattività di norme sfavorevoli urta con l'art. 25. comma 2. Che sul diritto di libertà non può prevalere alcuna esigenza di funzionalità della giustizia perché ogni suo sacrificio è per sua natura irreparabile.

Se così è, la sospensione dei termini di custodia cautelare ora disposta dalla decretazione d'urgenza, nei casi sopraindicati, è da ritenere non solo contraria alla Costituzione ed alla CEDU ma prima ancora espressione di una cultura illiberale.

#### 4. La prescrizione.

L'altro istituto su cui incide la sospensione dei processi determinandone la corrispondente sospensione dei termini è la prescrizione.

Anche qui - fatte le opportune differenziazioni - viene in discussione la libertà personale correlata al maggiore tempo necessario all'estinzione del reato. La questione, quindi, si pone per qualsiasi imputato a prescindere dal fatto che si trovi sottoposto a misura cautelare o sia in stato di libertà; in quest'ultimo caso, però, egli non può impedire l'effetto sospensivo chiedendo che si proceda - come può fare, pur con i limiti di cui si è detto, il detenuto - a meno che non sia sottoposto ad altra misura cautelare anche reale.

Prima e al di là della valutazione complessiva della disciplina, una irragionevolezza mi sembra si evidenzi ove si consideri che la sospensione, che si vuole giustificata dall'inerzia del procedimento, parrebbe operare anche nei

---

<sup>11</sup> C.e.d.u., Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

<sup>12</sup> In specie, cfr. C. cost., 7.11.2018, n. 233, in tema di irretroattività della confisca obbligatoria.

<sup>13</sup> La ben nota sentenza C. cost., 12.2.2020, n. 32.

casi in cui lo stesso si trovi in una fase di stasi, nel senso che nel periodo di sospensione non succede nulla di processualmente identificabile.

Si pensi al caso – ma altri esempi sono possibili – di un processo per cui sia già stata fissata un’udienza dibattimentale in data successiva alla fine del periodo di sospensione<sup>14</sup>. In questa ipotesi non v’è ragione alcuna di protrarre i termini della prescrizione; il dilatarsi della sua durata è del tutto ingiustificato.

L’irragionevole effetto può forse essere evitato a livello interpretativo da una lettura della norma che – sensibile ai dettami della ragionevole durata del processo ed ai principi che sono alla base dell’istituto stesso della prescrizione – escluda dalla sua portata queste ipotesi. Non nascondo però, al riguardo, un certo scetticismo.

Ma al di là di questa e di altre questioni specifiche – pur se tutt’altro che irrilevanti – che la disciplina della sospensione dei termini di prescrizione disposte dai recenti decreti solleva, resta la questione di fondo se l’eccezionalità della situazione in atto giustifichi il protrarsi dei termini di prescrizione.

Questione che dal piano della valutazione può assumere anche rilievo costituzionale ove si riconosca – appunto – il fondamento costituzionale dell’istituto<sup>15</sup>.

## 5. Il diritto penale del Covid-19 ed i diritti del cittadino.

L’eccezionalità dei tempi giustifica l’eccezionalità dei rimedi; di più l’imprevedibilità degli eventi può financo rendere inopportune – quand’anche non del tutto prive di fondamento – le critiche alle misure che – in carenza di pregresse esperienze – la contingenza induce ad adottare.

Ciò vale, tuttavia, entro i limiti della ragionevolezza e dei principi che la Costituzione fissa come invalicabili. Si fuoriesce – di contro – da questo perimetro quando si introducono limitazioni alla libertà personale – comunque etichettate – ingiustificate perché non funzionali alle ragioni dell’eccezionalità; quando si bilanciano irragionevolmente interessi di diversa natura e rango; quando si violano specifiche norme costituzionali. Ed è questo che mi è parso accada in alcune norme della recente decretazione d’urgenza in cui sono rinvenibili limitazioni della libertà personale non giustificate e/o apertamente illegittime.

<sup>14</sup> Questo problema viene segnalato da una perspicua relazione tenuta da Mariano Rossetti e Elena Valentini, il 25 marzo 2020 in un incontro organizzato a Bologna dalle locali Camera Penale e Fondazione Forense (dattiloscritto inedito).

<sup>15</sup> Su questo tema nella vastissima letteratura mi limito a rinviare al recentissimo lavoro di MORELLI, *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l’autorità senza tempo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1559 ed al mio contributo scritto in epoca non sospetta (cfr. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, volume IV, Torino, 1990).

In questi casi l'emergenza non solo non basta a celare i segni di quella politica penale illiberale che, non da oggi, è in atto nel nostro Paese ma li rende viepiù intollerabili.



## INTERCETTAZIONI: FINALMENTE UNA LEGGE! (MA IN VIGORE A SETTEMBRE)\*

Leonardo Filippi

**Sommario:** **1.** Introduzione. - **2.** I casi di intercettazione. - **3.** L'autorizzazione all'intercettazione - **4.** L'esecuzione delle operazioni. - **5.** La documentazione delle operazioni. - **6.** Il "registro riservato" delle intercettazioni.- **7.** L'acquisizione "ordinaria" dopo concluse le intercettazioni. - **8.** L'acquisizione "ritardata" dopo concluse le indagini preliminari e l'accordo sulle liste. - **9.** L'acquisizione delle intercettazioni nei giudizi speciali. - **10.** La perizia trascrittiva. - **11.** L'acquisizione delle intercettazioni nel dibattimento. - **12.** L'accordo sull'utilizzazione dei "brogliacci". - **13.** L'"archivio delle intercettazioni" e la distruzione della documentazione. - **14.** L'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione in un diverso procedimento o per un reato diverso. - **15.** Intercettazioni e procedimento cautelare. - **16.** Il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non acquisite e la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare - **17.** La disciplina "speciale" in materia di intercettazioni. - **18.** Conclusioni.

### ABSTRACT

*Le novità consistono in un'opportuna rafforzata custodia delle registrazioni a tutela della riservatezza su fatti e circostanze non rilevanti per le indagini, un nuovo rapporto tra l'acquisizione delle registrazioni e la perizia trascrittiva, che diventa disgiunta dall'acquisizione, nel senso che la trascrizione non segue necessariamente l'acquisizione delle comunicazioni ma può essere differita e, sull'accordo delle parti, può addirittura mancare, con ampi poteri lasciati alle parti che possono concordare persino l' utilizzazione dei "brogliacci". È invece inaccettabile il rafforzamento del ruolo del P.M., a discapito di quello del giudice, e il forte ridimensionamento del diritto di difesa.*

*The novelties consist in an appropriate reinforced custody of the recordings to protect the confidentiality of those facts and circumstances that are not relevant to the investigation, and in a new relationship between the acquisition of the recordings and the transcriptional expertise, which has now been separated from the acquisition, in the sense that the transcription does not necessarily follow the acquisition of the communications but can be deferred in time and, with the agreement of the parties, may even be missing, with ample powers left to the parties who may even agree to the use of the so-called "brogliacci", the investigation reports in which the police has summarily transcribed the content of the intercepted conversations. It is, instead, unacceptable the strengthening of the role of the Public Prosecutor, at the expense of the role of the Judge, and the strong resizing of the right of defence.*

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. Introduzione.

Dopo circa tre anni e un lungo calvario, finalmente arriva la riforma delle intercettazioni. La “riforma Orlando”, che aveva scontentato pubblici ministeri, avvocati e giornalisti, è stata sostanzialmente abrogata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv., con mod., dalla l. n. 7/2020<sup>1</sup>. In effetti, il d.lgs. n. 216/2017 aveva creato, a tutela della *privacy*, un sistema macchinoso di verbalizzazione, selezione e acquisizione delle intercettazioni di dubbia funzionalità. Eppure la legge-delega, ai commi 82 ss. della l. n. 103/2017, aveva indicato corretti e garantisti criteri direttivi, che però non sono stati tradotti adeguatamente in legge. Si è perciò abbandonata sia la delega sia il decreto legislativo di attuazione e si è fatto ricorso alla decretazione d’urgenza, ovviamente con tutti gli inconvenienti che un’affrettata legislazione comporta. La disciplina che emerge dalla legge di conversione non si discosta molto dall’originaria impostazione del codice e, pur con qualche criticità, ha il vantaggio di disporre, su molti punti, di una giurisprudenza ormai consolidata, ancorché spesso poco garantista. In forza del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, la nuova disciplina delle intercettazioni si applicherà ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020. È invece di immediata applicazione il comma 6 dell’art. 2 d.l. n. 161/2019, conv. dalla l. n. 7/2020, secondo il quale “con decreto del Ministro della giustizia, adottato previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, sono stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici”.

## 2. I casi di intercettazione.

All’elenco dei reati suscettibili di intercettazione telefonica e di altre forme di telecomunicazione di cui all’art. 266, comma 1, c.p.p., è stato aggiunto un nuovo caso di intercettazione alla lett. f-*quinquies*), c.p.p., che riguarda i “de-

---

<sup>1</sup> Per un quadro complessivo della materia v. gli atti del convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Giuffrè, 2007. Sul tema, in generale, v. T. BENE (a cura di), *L’intercettazione di comunicazioni*, Cacucci, 2018; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996; F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 143 ss.; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983; F. RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 2001; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale tra garanzie e prospettive di riforma*, CEDAM, 2011. Sia infine consentito rinviare anche a L. FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997.

Sul ruolo del giudice v. G. SPANGHER, *Intercettazioni: il “nuovo” ruolo del giudice*, in *Quotidiano giuridico*, 11.1.2018.

litti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo"<sup>2</sup>. La nuova ipotesi di intercettazione si aggiunge alla già lunghissima lista dei delitti suscettibili di intercettazione e può riguardare anche reati bagatellari ma aggravati da tale modalità "mafiosa" con una pena che non avrebbe consentito *ex se* l'intercettazione.

L'intercettazione di conversazioni tra presenti, con o senza captatore informatico, è consentita negli stessi casi nei quali è ammessa l'intercettazione telefonica e di altre forme di telecomunicazione, cioè quelli appena menzionati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., ma nei luoghi di privata dimora, di norma, essa è ammessa solo se vi è "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266, comma 2, c.p.p.).

Fa eccezione l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nel domicilio mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, che "è sempre consentita" nei procedimenti sia per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., sia per quelli dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., ma per questi ultimi il decreto del G.I.P. deve contenere la "previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale" (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Resta immutato l'art. 266-*bis*, che disciplina le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche.

### 3. L'autorizzazione all'intercettazione.

Come in passato, il P.M. resta il "monopolista" della richiesta al G.I.P. dell'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione. Al difensore continua invece ad essere negata la legittimazione alla richiesta, anche se talvolta potrebbe avervi interesse a fini difensivi. L'autorizzazione del G.I.P. è data, di regola, con decreto motivato in presenza dei due noti presupposti: i "gravi indizi di reato" (e non di colpevolezza, tratti anche dagli eventuali "informatori di polizia" ma previo loro esame) e che l'intercettazione sia "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini" (pertanto l'intercettazione è l'unico mezzo di ricerca della prova confinato nella fase delle indagini preliminari).

Per i reati di "criminalità organizzata", tra i quali sono compresi sia i delitti di cui all'art. 54, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., sia quelli dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per

---

<sup>2</sup> In proposito v. il principio di diritto enunciato da Cass., S.U., 3.3.2020 (ud. 19 dicembre 2019), Chiocchini, n. 8545, secondo cui l'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416 *bis*. 1 c.p. ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità.

i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., l'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203 attenua i requisiti dell'autorizzazione, per cui bastano "sufficienti indizi di reato" e la "necessità dell'intercettazione per lo svolgimento delle indagini".

Poiché, come si è detto, l'impiego del *virus trojan* è consentito per tutti i reati suscettibili di intercettazione, questo invasivo mezzo è divenuto un ordinario strumento di investigazione: ma è veramente paradossale che proprio una legge che si propone di tutelare la riservatezza abbia mantenuto un utilizzo così ampio (cioè per ogni reato soggetto ad intercettazione) di un dispositivo che, captando comunque le voci di chiunque si intrattenga con il suo portatore, di qualunque argomento parli e ovunque si trovi, persino negli sconosciuti domicili altrui, è l'antitesi della *privacy*<sup>3</sup>.

Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, anche se fuori del domicilio, deve sempre indicare le "ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini", nonchè "i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono". Ma non occorre tale previa indicazione dei luoghi e del tempo se si procede per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p. (art. 267, comma 1, c.p.p.).

Il decreto che autorizza l'impiego del *virus trojan* nel domicilio è soggetto a tre diversi regimi a seconda del reato per cui si procede. Infatti, per i "reati comuni" il decreto autorizzativo deve indicare sia il "fondato motivo" di ritenere che nel domicilio "si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266, comma 2, secondo periodo, c.p.p.), sia le "ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini" (art. 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p.), sia la previa predeterminazione da parte del G.I.P., in sede di autorizzazione, "dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono" (art. 267, comma 1, ult. periodo, c.p.p.). Per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., è imposto al G.I.P. un rafforzato onere motivazionale,

---

<sup>3</sup> In generale, sul tema v. M. BONTEMPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. contemp.*, 20.12.2018; P. BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, 235, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, 2018; F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, 2017, 483; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Giuffrè, 2017.

perché è vero che egli non deve giustificare il fondato motivo di ritenere la sussistenza della *suspicio perdurantis criminis*, ma deve indicare sia le ragioni che rendono necessario il ricorso al captatore per lo svolgimento delle indagini (art. 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p.), sia le “ragioni che ne giustificano l'utilizzo” anche nel domicilio (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.). Infine per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., il decreto autorizzativo non deve indicare né il “fondato motivo” di ritenere la flagranza nel domicilio (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.), né la previa predeterminazione “dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono”, ma soltanto le ragioni che rendono necessario per le indagini l'utilizzo del captatore informatico, a prescindere che sia impiegato all'interno o all'esterno del domicilio (art. 267, comma 1, c.p.p.).

Nei casi di urgenza, cioè quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare “grave pregiudizio alle indagini”, il P.M. può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti (anche nel domicilio) mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, ma soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e ora anche per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p. A tal fine il decreto del P.M. indica, oltre ai “sufficienti indizi di reato” ed alla “necessità dell'intercettazione per lo svolgimento delle indagini”, anche le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice. Il decreto è trasmesso al giudice, che decide sulla convalida nei termini, con le modalità e gli effetti indicati al comma 2 dello stesso art. 267 c.p.p. (art. 267, comma 2-*bis*, c.p.p.).

#### 4. L'esecuzione delle operazioni.

La disciplina dell'esecuzione delle operazioni di intercettazione non si discosta molto dal regime vigente.

Come in passato, al fine di garantire la legittimità delle operazioni di intercettazione, queste possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli “impianti installati nella Procura della Repubblica”. Tuttavia, quando tali impianti risultano “insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza”, il P.M. può disporre, con decreto motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria (art. 268, comma 3, c.p.p.). Le Sezioni Unite della suprema Corte hanno precisato il senso della prescrizione legislativa, affermando che condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la “registrazione” – che consiste nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (*server*), dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico – sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di

“ascolto”, verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria<sup>4</sup>.

Nulla cambia quando invece si procede a intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, in quanto il P.M. può disporre che le operazioni siano compiute anche “mediante impianti appartenenti a privati”. Come in passato, specifica attenzione è dedicata alle operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, per le quali, data la particolare difficoltà tecnica, l’ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi quali ausiliari di polizia giudiziaria di “persone idonee” di cui all’art. 348, comma 4, c.p.p. (art. 268, comma 3-bis, c.p.p.). I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al P.M. per la conservazione nell’“archivio digitale” delle intercettazioni, dove, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi devono essere conferiti, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l’intercettazione. Verbali e registrazioni sono poi depositati per i difensori delle parti e sono consultabili per il tempo fissato dal P.M., salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga (art. 268, comma 4, c.p.p.).

Come oggi, è previsto che, se dal deposito “può derivare un grave pregiudizio per le indagini”, il G.I.P. autorizzi il P.M. a ritardarlo “non oltre la chiusura delle indagini preliminari” (art. 268, comma 5, c.p.p.) ed è facile prevedere che, come oggi, questa diventerà la regola.

## 5. La documentazione delle operazioni.

Come in passato, resta l’obbligo della duplice documentazione dell’attività di intercettazione, cioè sia la registrazione delle comunicazioni, sia la verbalizzazione delle operazioni di captazione (art. 268, comma 1, c.p.p.)<sup>5</sup>. Nel verbale delle operazioni deve essere trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate: si tratta dei cosiddetti “brogliacci d’ascolto” che hanno soltanto una finalità riassuntiva e non certo documentativa del contenuto delle comunicazioni, dal momento che la prova si trova esclusivamente nelle registrazioni stesse (art. 268, comma 2, c.p.p.)<sup>6</sup>. Una nuova prescrizione impone al P.M. di dare indicazioni e vigilare “affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini” (art. 268, comma 2-bis, c.p.p.)<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Cass., S.U., 26.6.2008, Carli, n. 36359, in *Cass. pen.*, 2009, p. 30.

<sup>5</sup> In argomento v. A. CAMON, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., 63.

<sup>6</sup> Sulle modifiche introdotte dalla “riforma Orlando”, v. C. CONTI, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Giur. it.*, 2018.

<sup>7</sup> F.R. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Giappichelli, 2018, 27 ss.

Dettagliata regolamentazione sia del contenuto del verbale, sia delle registrazioni delle comunicazioni è dettata nell'art. 89 disp. att. c.p.p., che stabilisce che il verbale delle operazioni di intercettazione contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni. Quando si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il verbale indica il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni. Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili devono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia.

Nei casi di intercettazione mediante inserimento di captatore informatico, le comunicazioni intercettate sono conferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente negli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso. Quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale dà atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate. Al termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee di cui all'art. 348 c.p.p., alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi e dell'operazione si dà atto nel verbale.

## **6. Il “registro riservato” delle intercettazioni.**

In apposito “registro riservato” gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni (art. 267, comma 5, c.p.p.). La funzione del registro è quella di consentire al giudice che procede e ai difensori di verificare la legittimità delle intercettazioni, consultando i relativi decreti.

## **7. L'acquisizione “ordinaria” dopo concluse le intercettazioni.**

Il nuovo sistema di acquisizione delle comunicazioni utilizzabili e rilevanti si articola su tre momenti distinti (la selezione, l'acquisizione e la trascrizione), ma si caratterizza per il fatto che all'acquisizione non sempre segue immediatamente né necessariamente la trascrizione, la quale può essere posti-

cipata e anche omessa nel caso in cui le parti si accordino sulle registrazioni utilizzabili e rilevanti per l'accusa e per la difesa.

La selezione e l'acquisizione trovano il loro momento fisiologico subito dopo terminate le operazioni di intercettazione (verosimilmente da intendersi con riferimento ad ogni decreto, fino all'ultima proroga). Pertanto, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione, ai "difensori delle parti" (cioè, come attualmente, solo della persona sottoposta alle indagini, alla quale l'art. 61, comma 1, c.p.p. estende i diritti e le garanzie della parte-imputato, ma non della persona offesa, che non è una parte) è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato dal P.M. o prorogato dal G.I.P., possono esercitare il diritto di difesa e, per via telematica, hanno facoltà di "esaminare gli atti", mentre accedendo all'"archivio digitale" delle intercettazioni possono ascoltare le registrazioni ovvero prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche" (art. 268, comma 6, c.p.p.).

Come conferma l'art. 269, comma 1, c.p.p., successivamente al deposito effettuato ai sensi dell'art. 268 c.p.p., il difensore ha diritto di accesso all'archivio e di ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate e, deve ritenersi, anche di estrarre copia dei decreti di autorizzazione, convalida, proroga e disposizione delle intercettazioni e dei relativi verbali. Il P.M. e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima: la disposizione, oltre a prevedere un'udienza camerale ex art. 127 c.p.p., sembra consentire anche una semplice indicazione cartolare delle parti sulle registrazioni utilizzabili e rilevanti (art. 268, comma 6, c.p.p.).

Scaduto il termine per i difensori, il G.I.P. "dispone l'acquisizione" delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. All'acquisizione delle comunicazioni può eventualmente, ma non necessariamente, seguire la trascrizione già in questo momento. Infatti, l'art. 242, comma 2, c.p.p. pone la regola generale secondo cui, "quando è acquisita una registrazione, il giudice ne dispone, se necessario, la trascrizione a norma dell'articolo 268, comma 7" c.p.p., cioè al termine delle operazioni di intercettazioni il G.I.P. dispone la "trascrizione integrale" delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento, ma poiché questo non esiste ancora, ovviamente l'acquisizione è provvisoriamente al fascicolo delle indagini preliminari.

Ma prima dell'acquisizione delle comunicazioni utilizzabili e rilevanti i difensori non hanno diritto di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi, a tutela della riservatezza, poiché il legislatore diffida del difensore e dubita che (soltanto) lui (non la polizia giudiziaria, non i tecnici ausiliari, non i se-



gretari di Procura, non il P.M.) possa diffondere illegittimamente, in danno della riservatezza, le comunicazioni, conversazioni o i flussi irrilevanti o inutilizzabili e non ancora stralciati (art. 268, comma 6, c.p.p.). Ma basterebbe pensare che oggi, che i difensori non possono estrarre copia, la diffusione delle registrazioni e la pubblicazione sugli organi di informazione è la regola, per comprendere che non sono essi i propalatori!

Il diritto di estrazione di copia delle registrazioni e degli atti, negato ai difensori prima dell'acquisizione e riconosciuto dagli artt. 268, comma 6, c.p.p. e 89-bis, comma 4, disp. att. c.p.p. soltanto dopo l'avvenuta acquisizione delle intercettazioni, si pone in stridente contrasto con l'art. 24, comma 2, Cost. Infatti, la Corte costituzionale ha da tempo affermato che "la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che nel caso di specie si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 Cost.", dal momento che, "se si riflette sulla *ratio* dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione"<sup>8</sup>.

## 8. L'acquisizione "ritardata" dopo concluse le indagini preliminari e l'accordo sulle liste.

Qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268, commi 4, 5 e 6, c.p.p., cioè dopo terminate le operazioni di intercettazione, il P.M., inviando l'avviso di conclusione delle indagini, deve avvertire l'indagato e il suo difensore (la persona offesa e il suo difensore, anche quando ricevono l'avviso ex art. 415-bis c.p.p., ne sono irragionevolmente esclusi) che hanno facoltà di "esaminare per via telematica gli atti depositati" relativi ad intercettazioni e soltanto "ascoltare le registrazioni" ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che possono estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal P.M.<sup>9</sup> L'avviso ex art. 415-bis c.p.p. è quindi il momento ultimo nel quale è consentito al P.M. procedere al deposito delle registrazioni e degli atti relativi, nel senso che, se essi non sono depositati nemmeno con l'avviso di conclusione delle indagini, devono ritenersi inammissibili in un momento successivo e quindi inutilizzabili (salva

<sup>8</sup> C. cost., 24.6.1997, n. 192.

<sup>9</sup> F. ALONZI, *Contenuti e limiti del diritto di difesa, in Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, 93.

un'utilizzabilità *in bonam partem*), non essendo prevista una rimessione in termini se non per caso fortuito o forza maggiore, ex art. 175 c.p.p. La conclusione è così evidente e pacificamente emergente dal sistema che, mentre la Corte di cassazione discetta se trattasi di inutilizzabilità o di nullità intermedia sanabile, la Corte costituzionale, già con la sentenza n. 145/1991 ebbe buon gioco nel ribadire che il P.M. non ha un potere discrezionale di scelta degli atti di indagine da depositare, ma è tenuto a ostendere l'intero e integrale fascicolo<sup>10</sup>. Infatti l'occultamento al giudice e alla difesa di elementi di prova (che potrebbero anche essere a discarico), i quali per legge dovevano essere disvelati tempestivamente, per consentire un corretto giudizio al giudice e l'esercizio del diritto di difesa già al momento della conclusione delle indagini e nelle fasi successive viola la "parità delle armi" e il *due process of law*, un principio cardinale del sistema accusatorio, riconosciuto nell'ordinamento statunitense già con la sentenza *Brady v. Maryland* del 1963<sup>11</sup>.

Si è appena detto che i difensori hanno soltanto diritto di ascolto e non di copia delle registrazioni: la conferma deriva dall'art. 269, comma 1, c.p.p., secondo cui i "difensori delle parti, successivamente al deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415-bis o nel caso previsto dall'art. 454, comma 2-bis, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate". Ma la disciplina suscita fondati dubbi di costituzionalità, laddove l'avviso ex art. 415-bis c.p.p. contiene l'avvertimento che la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore hanno la facoltà di estrarre copia soltanto delle registrazioni o dei flussi "indicati come rilevanti dal pubblico ministero" (art. 415-bis, comma 2-bis, c.p.p.). In altre parole, nonostante le indagini siano concluse (e quindi anche le intercettazioni compiute) e il deposito abbia ad oggetto tutti gli atti compiuti, per consentire una loro *discovery* completa e il contraddittorio e la difesa su di essi, è invece preclusa al difensore l'estrazione di copia di tutte le conversazioni e comunicazioni intercettate e conferite nell'"archivio digitale", con grave lesione del diritto di difesa, nonostante tutti gli atti siano depositati proprio per la difesa. Tale deprecabile scelta legislativa si pone in contrasto persino rispetto alla giurisprudenza prevalente che ormai riconosce da anni il diritto del difensore di estrarre copia di tutte le registrazioni, nel caso il P.M. abbia rinunciato alla procedura di stralcio in favore della *discovery* totale di cui agli artt. 415-bis e 416 c.p.p.<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> C. cost., 20.3.1991, n. 145.

<sup>11</sup> Corte suprema U.S.A., 13.5.1963, *Brady v. Maryland* 373 U.S. 83, 87 (1963) affermò il principio per cui "*withholding of evidence violates due process where the evidence is material either to guilt or to punishment*". La violazione della *Brady rule* si verifica quando l'omessa *discovery* della prova priva l'accusato del *due processo of law*, garantito dal XIV Emendamento alla Costituzione.

<sup>12</sup> Cass., Sez. V, 12.4.2017, P.M. in proc. Almaviva, n. 38409, in *CED*, n. 271118; Cass., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 57195, *ivi*, Zekthi e altri, p. 271701; Cass., Sez. VI, 21 marzo 2018, P.M. in proc. Gallo e altri, n. 18082, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 756.

Il difensore, che ha potuto ascoltare tutte le registrazioni conferite nell'archivio digitale, ma estrarre copia soltanto di quelle indicate dal P.M. come rilevanti (sempre che il loro numero gli consenta di ascoltarle tutte nei venti giorni dall'avviso), può, entro il termine di venti giorni dall'avviso, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni da lui ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Pertanto, al momento della conclusione delle indagini preliminari, l'accordo tra P.M. e difensori sulle intercettazioni rilevanti per l'accusa e per la difesa ne consente un'acquisizione concordata, senza necessità né dell'intervento del G.I.P., né di una perizia. In effetti, l'intervento del G.I.P. è inutile se vi è accordo tra le parti sulle registrazioni da acquisire, salvo accertarne il contenuto con i rispettivi consulenti tecnici ed eventuale successiva perizia in un momento successivo. Non esistendo ancora il fascicolo per il dibattimento, ovviamente l'acquisizione al momento è al fascicolo delle indagini preliminari. Pertanto, se il P.M. concorda con il difensore, le registrazioni indicate nelle rispettive liste sono acquisite senza intervento del G.I.P. e senza perizia. In caso di mancato accordo o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore (ma non si comprende perché l'iniziativa non possa essere anche del P.M.) può avanzare al G.I.P. istanza affinché si proceda alla selezione e all'acquisizione ad opera del G.I.P., ai sensi dell'art. 268, comma 6, c.p.p. (art. 415-*bis*, comma 2-*bis*, c.p.p.).

## 9. L'acquisizione delle intercettazioni nei giudizi speciali.

Qualora non abbia proceduto alla selezione "ordinaria" dopo concluse le operazioni di intercettazione, ai sensi dell'art. 268, commi 4, 5 e 6, c.p.p., il P.M., con la richiesta di giudizio immediato "deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova". Entro quindici giorni dalla notifica del decreto che ha disposto il giudizio immediato, il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti per la difesa e chiederne copia. È chiaro che, per selezionare le registrazioni ritenute utili alla difesa ed eventualmente contestare quelle elencate dal P.M., il difensore deve poter accedere all'"archivio delle intercettazioni" e l'art. 269, comma 1, c.p.p. gli conferisce il diritto di accesso, precisando che tale accesso e il (solo) ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate ivi custodite è consentito, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà, sia al G.I.P., sia ai difensori delle parti ma soltanto "successivamente al deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis* o nel caso previsto dall'articolo 454, comma 2-*bis*" c.p.p.

Il difensore ha soltanto quindici giorni per ascoltare (non è ammessa l'estrazione di copie) tutte le registrazioni (che possono essere numerose perché le intercettazioni possono essersi protratte fino a novanta giorni). Anche in questo caso, il divieto per il difensore di estrarre copia di tutte le registrazioni, pur essendo le indagini concluse, comporta una forte lesione del diritto di difesa, come insegna la citata pronuncia n. 192/1997 della Consulta.

Se vi è accordo tra P.M. e difensori sulle registrazioni rilevanti per accusa e difesa, salvo accertarne il contenuto con i rispettivi consulenti tecnici ed eventuale successiva perizia ex art. 242 c.p.p., non vi è necessità dell'intervento del G.I.P. per procedere all'acquisizione e le registrazioni sono concordemente acquisite al momento al fascicolo delle indagini preliminari ma destinate a quello per il dibattimento.

Se, invece, il P.M. non concorda sulla proposta del difensore o vi sono contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore (ma deve ritenersi legittimato anche il P.M.) può avanzare al G.I.P. istanza affinché si proceda alla selezione, a norma dell'art. 268, comma 6, c.p.p. (art. 454, comma 2-*bis*, c.p.p.). Il termine di quindici giorni può essere prorogato (deve ritenersi da parte del G.I.P.) di dieci giorni su richiesta del difensore: si tratta, però, di un termine fisso, inadeguato (a fronte dei novanta di indagini preliminari) e soprattutto inutile perché il difensore deve, a pena di decadenza, entro il termine, non modificato, di quindici giorni dalla notifica del decreto che ha disposto il giudizio immediato, valutare la scelta del rito abbreviato o di applicazione della pena su richiesta, a norma degli artt. 458, comma 1, e 446, comma 1, c.p.p. Di conseguenza, in questi casi, il difensore dovrebbe scegliere un rito speciale senza aver avuto copia del materiale intercettato e ciò ostacolerà evidentemente il ricorso a riti speciali.

Nulla è previsto per i casi di citazione diretta a giudizio, ma non si intravedono ostacoli ad un'applicazione della disciplina prevista per il giudizio immediato.

In caso di richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta, l'imputato dà il consenso e accetta il contenuto delle comunicazioni quale risulta dalle registrazioni (infatti la prova sta nella registrazione), per cui non è necessario procedere né alla loro acquisizione, né alla loro trascrizione, mentre il riassunto del "brogliaccio d'ascolto" rappresenta soltanto l'interpretazione della polizia giudiziaria.

## 10. La perizia trascrittiva.

L'art. 268, comma 7, c.p.p., con una disposizione generale, destinata ad operare in tutto il corso del procedimento (basti pensare che non è riferita al G.I.P., ma genericamente al "giudice"), disciplina la perizia trascrittiva, sempre possibile se la selezione e l'acquisizione delle registrazioni utilizzabili e rilevanti è già avvenuta in precedenza.

Tale perizia è ammessa anche in una sede sinora inedita, cioè "nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431", per cui, solo se l'acquisizione delle registrazioni rilevanti è già avvenuta, il G.U.P. dispone la perizia immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, allorché provvede, nel contraddittorio delle parti, alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Pertanto il G.U.P., impegnato a formare il fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p., dispone "la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in for-

ma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire”, osservando “le forme, i modi e le garanzie previsti per l’espletamento delle perizie”. In questo modo, si sfruttano opportunamente per l’espletamento della perizia i tempi morti tra l’emissione del decreto che dispone il giudizio e l’apertura del dibattimento. Le trascrizioni o le stampe “sono inserite nel fascicolo per il dibattimento” (art. 268, comma 7, c.p.p.).

Ma, proprio per il carattere generale dell’art. 268, comma 7, c.p.p., la perizia trascrittiva può avvenire in ogni momento (davanti al G.I.P. o allo stesso G.U.P. o nel dibattimento).

Non è ammessa, invece, un’attività di integrazione probatoria del G.U.P. avente ad oggetto conversazioni o comunicazioni intercettate e non acquisite, perché, anche se il G.U.P. ha accesso all’archivio digitale, l’art. 268 c.p.p. riserva all’indicazione delle parti la selezione delle registrazioni rilevanti ed anche perché *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (infatti, il d.lgs. n. 216/2017 aveva introdotto un comma 4-*bis* nell’art. 422 c.p.p., il quale ammetteva tale integrazione probatoria, ma che poi la l. n. 7/2020 ha abrogato).

## 11. L’ acquisizione delle intercettazioni nel dibattimento.

Il nuovo sistema di acquisizione delle comunicazioni intercettate non prevede espressamente che, una volta superata la fase dell’avviso di conclusione delle indagini con il contestuale deposito di tutte le intercettazioni, sia possibile per le parti, nel contraddittorio, procedere alla selezione e all’acquisizione delle comunicazioni rilevanti e utilizzabili, così come formalmente non prevede nemmeno la possibilità per le parti di richiedere l’esclusione di comunicazioni illegittimamente inserita nel fascicolo del dibattimento. Ma siccome l’esperienza dibattimentale dimostra che spesso, soltanto nel corso dell’attività istruttoria, sopraggiunge la rilevanza di comunicazioni che in precedenza, sulla base degli elementi allora conosciuti dalle parti, sembravano irrilevanti o al contrario diventano irrilevanti o sono dichiarate inutilizzabili quelle già acquisite, si tratta di verificare se il nuovo sistema probatorio consenta alle parti di rimettere in discussione il materiale acquisito e tempestivamente depositato tutt’al più al momento della conclusione delle indagini, sia nel senso di poter acquisire nuove comunicazioni ora divenute rilevanti, sia in quello opposto di espungere quelle successivamente rivelatesi acquisite in modo illegittimo. In realtà, il sistema processuale penale, anche dopo la riforma, non contempla una preclusione processuale per momenti successivi a quelli espressamente disciplinati (artt. 268, 415-*bis* e 454, comma 2-*bis*, c.p.p.), tale da impedire l’acquisizione di comunicazioni intercettate e custodite nell’“archivio digitale”. Infatti, la prova è costituita dalla registrazione, la quale, se rilevante e utilizzabile, può essere acquisita, a richiesta di parte, in forza della disposizione generale di cui all’art. 242 c.p.p. e il giudice ne dispone, se necessario, la trascrizione a norma dell’art. 268, comma 7, c.p.p. Pertanto, non esiste nel sistema alcuna preclusione per tutte le parti a richiedere,

nel corso del dibattimento, l'acquisizione di altre comunicazioni intercettate, ritualmente depositate e non ancora acquisite e conservate nell'archivio di cui all'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., chiedendone la trascrizione, con le forme della perizia. In questo modo, nella pienezza del contraddittorio tra tutte le parti costituite in giudizio (anche quelle che non vi potevano partecipare in precedenza, come la parte civile costituitasi solo in dibattimento), il giudice, previa indicazione delle parti, procede alla acquisizione di altre comunicazioni rilevanti e, anche d'ufficio, di quelle utilizzabili e alla loro trascrizione. Né si tratta di prove a sorpresa, perché le registrazioni devono essere state tempestivamente depositate per la difesa. A maggior ragione, il giudice, anche d'ufficio, oppure le parti possono chiedere l'espunzione dal fascicolo del dibattimento delle comunicazioni inutilizzabili, dal momento che, a norma dell'art. 191, comma 2, c.p.p. l'inutilizzabilità è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento.

Invece il giudice dibattimentale, pur avendo accesso all'archivio digitale, non può acquisire d'ufficio, ex art. 507 c.p.p., senza alcuna indicazione di parte, le registrazioni ivi custodite, perché il meccanismo disegnato dall'art. 268, comma 6, c.p.p. presuppone che conversazioni o flussi rilevanti siano "indicati dalle parti".

## 12. L'accordo sull'utilizzazione dei "brogliacci".

Opportuna la previsione generale, inserita in sede di conversione in riferimento alla acquisizione "ordinaria", ma da ritenersi operante anche al di fuori di essa, per cui il giudice, "con il consenso delle parti" (da intendersi, durante le indagini, riferito al P.M. e ai difensori dei soli indagati, ma dall'udienza preliminare in poi coinvolgendo anche la parte civile, il responsabile civile o il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, eventualmente costituiti), può disporre l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini (art. 268, comma 7, c.p.p.). In questo modo, con il consenso delle parti, le "sommarie trascrizioni" effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini, cioè i "brogliacci d'ascolto" diventano "utilizzabili" non soltanto nel corso delle indagini ma anche nei momenti successivi, in quanto destinati ad entrare, sul già raggiunto accordo delle parti, nel fascicolo per il dibattimento. La norma non è altro che un'applicazione del principio generale enunciato nell'art. 431, comma 2, c.p.p., secondo cui le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di indagine.

## 13. L'"archivio delle intercettazioni" e la distruzione della documentazione.

I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente nell'apposito "archivio digitale" delle intercettazioni gestito

e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni. Tutti gli atti ivi custoditi sono coperti dal segreto, con l'eccezione soltanto dei verbali e delle registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo delle indagini, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari (ad esempio, perché posti a sostegno di una richiesta del P.M. di misura cautelare), che non sono invece coperti da segreto. Al G.I.P. è sempre consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate, mentre ai difensori delle parti tale diritto è riconosciuto, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà, soltanto successivamente al deposito per la difesa di verbali e registrazioni. Tale deposito può avvenire in tre casi: dopo la conclusione delle operazioni di intercettazione, ai sensi dell'art. 268 c.p.p., oppure con l'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-*bis* c.p.p. ovvero nel caso di giudizio immediato richiesto dal P.M. a norma dell'art. 454, comma 2-*bis*, c.p.p. (art. 269, comma 1, c.p.p.).

Salvo quanto previsto dall'art. 271, comma 3, c.p.p. in riferimento alla distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, le registrazioni sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione. Tuttavia gli interessati (quindi non solo le parti), quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione. Il giudice decide in udienza camerale a norma dell'art. 127 c.p.p. (art. 269, comma 2, c.p.p.). La distruzione, nei casi in cui è prevista, viene eseguita sotto controllo del giudice e dell'operazione deve essere redatto verbale (art. 269, comma 3, c.p.p.). Una dettagliata regolamentazione dell'"archivio delle intercettazioni" si trova all'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., che stabilisce che nell'"archivio digitale" istituito dall'art. 269, comma 1, c.p.p., tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono. L'archivio è gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia. Il Procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito. All'archivio possono accedere, "secondo quanto stabilito dal codice", il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete (ma sarebbe stato opportuno ammettere anche i consulenti tecnici delle parti). Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti "quando acquisiti" a norma degli artt. 268, 415-*bis* e 454 c.p.p. Ogni rilascio di copia



è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia.

#### 14. L'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione in un diverso procedimento o per un reato diverso.

È confermata la regola per cui i risultati delle intercettazioni telefoniche, di altre forme di telecomunicazione o ambientali senza l'impiego del captatore informatico non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali esse sono stati disposte, e si è solo apparentemente irrobustita la condizione di utilizzabilità nel diverso procedimento perché ora si esige che i risultati "risultino rilevanti e indispensabili" (ma è ovvio che ciò che è "indispensabile" deve necessariamente essere anche "rilevante") per l'accertamento "di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1, c.p.p.". L'impiego della congiunzione "e" significa che il legislatore ha voluto indicare due requisiti tra loro cumulativi, per cui l'utilizzazione nel diverso procedimento deve ritenersi ammessa solo se indispensabile per un reato per il quale l'art. 266, comma 1, c.p.p. ammette l'intercettazione e per il quale sia inoltre imposto l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 270, comma 1, c.p.p.). Se invece la disposizione fosse intesa come se ammettesse l'utilizzabilità per qualsiasi reato suscettibile di intercettazione, sarebbe incostituzionale in rapporto alla prescrizione, dettata dall'art. 15 Cost., dell'"atto motivato dell'autorità giudiziaria" e rappresenterebbe un'inammissibile "autorizzazione in bianco" ad intercettare, già censurata dalla Corte costituzionale<sup>13</sup>. Inoltre, una tale interpretazione si porrebbe anche contro il principio di recente espresso dalle Sezioni Unite Cavallo del 2020, secondo cui il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi, di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p., non opera con riferimento ai risultati relativi ai soli reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta e che inoltre rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge<sup>14</sup>.

Pur lasciando ferma la regola per cui i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali esse sono stati disposte, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione (se ne deve desumere che i risultati delle intercettazioni compiute senza *virus trojan* non sono utilizzabili per il diverso reato), qualora "risultino indispensabili per l'accertamento" dei delitti indicati dall'art. 266,

<sup>13</sup> C. cost., 10.2.1994, n. 63, e, già in precedenza, C. cost., 11.7.1991, n. 366.

<sup>14</sup> Cass., S.U., ud. 28 novembre 2019 (dep. 2 gennaio 2020), Cavallo, n. 51, sulla quale v. G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sistema penale*, 30.1.2020.



comma 2-*bis*, c.p.p. (cioè i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.) (art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Ai fini della utilizzazione, prevista dal comma 1, delle intercettazioni telefoniche, di altre forme di telecomunicazione o ambientali senza l'impiego del captatore informatico, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p. (art. 270, comma 2, c.p.p.).

Il P.M. e i difensori delle parti hanno altresì facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate (art. 270, comma 3, c.p.p.).

## 15. Intercettazioni e procedimento cautelare.

Il P.M., nel richiedere al giudice competente la misura cautelare, gli presenta "gli elementi su cui la richiesta si fonda", compresi i verbali ed i "brogliacci", limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti, e comunque conferiti nell'archivio delle intercettazioni, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate (art. 291, comma 1, c.p.p.). Infatti, tutto ciò che viene posto a base della richiesta del P.M. deve essere conferito nell'"archivio digitale", al fine di consentirne la conoscenza al giudice e ai difensori<sup>15</sup>. Di conseguenza, il P.M. conferisce nell'"archivio delle intercettazioni" la copia digitalizzata dei *files* audio e degli atti relativi all'intercettazione, per consentire al giudice, prima di decidere sulla misura cautelare, e poi ai difensori, dopo l'esecuzione o la notificazione dell'ordinanza cautelare, di accedere a tale archivio digitale.

Ai sensi dell'art. 92, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p., a seguito dell'adozione dell'ordinanza cautelare, il giudice dispone la restituzione al P.M. delle conversazioni ritenute non rilevanti o non utilizzabili, affinché le custodisca nell'archivio di cui all'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. Pertanto, dopo l'esecuzione o la notificazione dell'ordinanza cautelare, è imposto un deposito "anticipato" per la difesa dell'indagato delle registrazioni delle comunicazioni. Si tratta di un deposito particolare, che non prelude alla selezione delle comunicazioni da acquisire, ma soltanto all'esercizio del diritto di difesa a tutela della libertà personale. Infatti, le ordinanze che hanno applicato misure cautelari, dopo la loro notificazione o esecuzione, sono depositate nella cancelleria del giudice che le ha emesse, insieme alla richiesta del P.M. e agli atti presentati a sostegno della stessa. Avviso del deposito è notificato al difensore della persona

---

<sup>15</sup> Sul diritto di difesa nel procedimento cautelare, v. F.R. DINACCI, *Prova per intercettazioni e diritto di difesa nell'incidente cautelare*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3.

sottoposta alle indagini, il quale, come prescritto dalla Corte costituzionale<sup>16</sup>, ha il “diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate” poste dal P.M. a fondamento della sua richiesta di misura cautelare, oltre al diritto “in ogni caso” alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni (art. 293, comma 3, c.p.p.).

In questo modo il legislatore si è attenuto alla sent. n. 336/2008 della Corte costituzionale, che aveva riconosciuto il diritto del difensore di ottenere la trasposizione su idoneo supporto degli atti posti a sostegno della richiesta (cioè verbali digitalizzati e file audio delle conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare, anche se non ancora depositate per i difensori) (art. 293, comma 3, c.p.p.)<sup>17</sup>.

Il diritto di difesa si esercita, quindi, oltre che sul contenuto dell’ordinanza già emessa, sulla relativa richiesta del P.M. e su tutti gli atti da lui posti a fondamento di quest’ultima, tra i quali le registrazioni, i verbali e i “brogliacci d’ascolto” “rilevanti” “e comunque conferiti” dal P.M. nell’“archivio digitale”.

La sintetica disciplina lascia tuttavia diverse zone d’ombra. Infatti, non è chiaro se il difensore possa accedere all’“archivio digitale” per ascoltare anche le altre registrazioni che il P.M. non ha trasmesso al giudice a fondamento della sua richiesta cautelare e la risposta più aderente alla lettera della legge è negativa. Resta pure poco chiaro se il difensore possa ottenere la trasposizione su supporto anche degli atti concernenti le comunicazioni e conversazioni intercettate trasmesse dal P.M. con la richiesta di misura cautelare ma ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili. In effetti l’art. 293, comma 3, c.p.p. attribuisce al difensore il diritto di esaminare e di estrarre copia degli atti posti dal P.M. a sostegno della sua richiesta cautelare, ma deve ritenersi che il diritto di copia riguardi esclusivamente le registrazioni che il giudice ha ritenuto rilevanti e utilizzabili e perciò ha posto a fondamento dell’ordinanza cautelare e non quelle che il giudice ha stralciato e restituito al P.M., a norma dell’art. 92, comma 1-bis, disp. att. c.p.p.<sup>18</sup>. In entrambi i casi, va comunque osservato che le registrazioni che il G.I.P. ha ritenuto non rilevanti e che perciò sono custodite nell’archivio saranno ascoltabili dal difensore, insieme a tutte le altre non poste a base della richiesta o della misura, quando si instaura il meccanismo di deposito e dell’acquisizione attraverso l’udienza di stralcio o al momento dell’avviso di conclusione delle indagini o della richiesta di giudizio immediato ed egli avrà accesso all’archivio e potrà ascoltare tutte le registrazioni e magari potrà indicarle tra quelle rilevanti per la difesa.

---

<sup>16</sup> C. cost., 8.10.2008, n. 336.

<sup>17</sup> L. GIULIANI, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., 31.

<sup>18</sup> G. SPANGHER, *La riforma sconta due mesi di proroga, in vigore dal 1 maggio*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, 34 ss.

Il previo conferimento nell'“archivio digitale” dei verbali, degli atti e delle registrazioni delle relative intercettazioni è stato costruito dal legislatore come condizione di utilizzabilità degli stessi: infatti l'art. 291, comma 1, c.p.p. esige che gli atti posti dal P.M. a fondamento della sua richiesta siano “comunque conferiti” nell'archivio delle intercettazioni. Tale archivio, da una parte, soddisfa le esigenze di segretezza sulla documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, su quelle irrilevanti e su quelle di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia (art. 89-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p.), dall'altra, consente al giudice che procede e ai suoi ausiliari, al P.M. e ai suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto e ai difensori delle parti di accedere (art. 89-*bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.).

In particolare, mentre nulla si prevede per il giudice che procede (ma, per poter decidere, deve essergli implicitamente consentito l'ascolto), ai difensori delle parti è riconosciuto il diritto di “ascoltare le registrazioni” depositate nell'archivio e, soltanto dopo la loro acquisizione con l'udienza stralcio oppure dopo la conclusione delle indagini ovvero nel giudizio immediato, anche ottenere copia delle registrazioni e degli atti (art. 89-*bis*, comma 4, disp. att. c.p.p.).

Com'è noto, tale diritto deriva dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 268 c.p.p. da parte della Corte costituzionale, la quale affermò che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore ha diritto di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate, in quanto l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse e per esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali<sup>19</sup>. In materia sono intervenute anche le Sezioni Unite della suprema Corte, che hanno risolto un contrasto giurisprudenziale chiarendo, anzitutto, che la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi dell'art. 268, comma 4, c.p.p. alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, deve essere presentata al P.M. e non al G.I.P. che ha emesso il provvedimento cautelare. Le stesse Sezioni Unite hanno aggiunto che la menzionata richiesta del difensore determina l'obbligo per il P.M. di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale *de libertate*, obbligo il cui inadempimento

---

<sup>19</sup> C. cost., 8.10.2008, n. 336, cit.

mento può dar luogo a responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M.<sup>20</sup>.

## 16. Il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non acquisite e la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare.

L'art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p. stabilisce che è “sempre” vietata la pubblicazione, “anche parziale”, del contenuto delle intercettazioni “non acquisite” ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p.<sup>21</sup>

Si è voluto in questo modo rafforzare la *privacy* e ribadire il divieto di pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni conferite nell’“archivio digitale” ed ivi giacenti perché non acquisite in esito all’“udienza stralcio” (ai sensi dell’art. 268 c.p.p.) o a seguito della selezione dopo l’avviso di conclusione delle indagini, ex art. 415-*bis* c.p.p., o anche in seguito all’acquisizione nel giudizio immediato richiesto dallo stesso P.M., a norma dell’art. 454 c.p.p. (art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p.). Pertanto, tutto il materiale relativo alle intercettazioni, custodito nell’archivio perché non acquisito, anche se depositato e accessibile ai difensori (e che pertanto non sarebbe più coperto dal segreto investigativo a norma dell’art. 329, comma 1, c.p.p.) resta però protetto da un inedito “segreto a tutela della riservatezza” che comporta il divieto assoluto (nel tempo e nel contenuto) di pubblicazione ex art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p. e rende applicabili le sanzioni penali di cui all’art. 326 c.p. in caso di violazione. Un qualche contrasto potrebbe, però, ravvisarsi tra tale divieto di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni non acquisite e la pubblicabilità, ex art. 114, comma 1, c.p.p., dell’ordinanza che dispone la misura cautelare (s’intende, dopo la sua esecuzione o notificazione), per il fatto che questa potrebbe contenere “brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate”, e quindi utilizzate ma non ancora acquisite.

---

<sup>20</sup> Cass., S.U., 22.4.2010, Lasala e Ciani, n. 20300, in *Cass. pen.*, 2011, p. 461, (in motivazione, la Corte ha precisato che, al fine di porre il P.M. in grado di adempiere tale obbligo, è del pari necessario che la richiesta del difensore venga tempestivamente proposta rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali). Infine le Sezioni Unite hanno affermato che l’ingiustificato rifiuto da parte del P.M. di consegnare al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni poste a base della misura cautelare, non inficia l’attività di ricerca della prova ed il risultato probatorio, in sé considerati, ma determina – a causa della illegittima compressione del diritto di difesa – una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell’art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., pertanto soggetta alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p. Di conseguenza, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame (ed il tribunale non abbia potuto acquisire d’ufficio il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all’art. 309, comma 9, c.p.p.), il giudice non può utilizzare le suddette registrazioni come prova. La Corte ha altresì precisato che l’eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni testé indicate, non preclude al P.M. la possibilità di reiterare la richiesta ed al giudice per le indagini preliminari di accogliere la nuova richiesta, se corredata dal relativo supporto fonico.

<sup>21</sup> G. GIOSTRA, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 115.

L'art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p., dunque, nell'operare un bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti, assicura preminenza al diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti dalle intercettazioni - senza distinzione di ruoli (indagato, persona offesa o terzo interlocutore) - rispetto al diritto all'informazione, ponendosi in conflitto con il diritto di cronaca e quindi potendo apparire come un "bavaglio alla stampa".

Invece, le registrazioni acquisite dal giudice, siccome utilizzabili e rilevanti per le indagini, non essendo più coperte dal segreto investigativo possono essere pubblicate solo nel loro "contenuto", a norma dell'art. 114, comma 7, c.p.p. e non nel loro "testo" e tale divieto permane fino a che le trascrizioni non siano state inserite nel fascicolo per il dibattimento, come indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 59/1995<sup>22</sup>.

## 17. La disciplina "speciale" in materia di intercettazioni.

In ordine alle deroghe alla disciplina ordinaria<sup>23</sup>, va premesso che dapprima l'art. 6, d.lgs. n. 216/2017 e poi l'art. 2, comma 7, d.l. n. 161/2019 hanno completamente equiparato i reati dei "colletti bianchi" alla criminalità organizzata, per cui nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., si applicano le disposizioni di cui all'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203.

L'art. 13 cit., che originariamente si riferiva solamente alle indagini "in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono", ha introdotto una disciplina speciale, che apporta diverse deroghe rispetto alla disciplina ordinaria. Inoltre la disciplina speciale è stata progressivamente estesa dal legislatore a diverse fattispecie di reato. Un punto fermo è stato posto dalle Sezioni Unite della suprema Corte, che sono intervenute, dapprima, chiarendo che la nozione di "criminalità organizzata" deve intendersi riferibile non solo ai reati di criminalità mafiosa ed assimilata e ai delitti associativi previsti da norme incriminatici speciali, ma anche a qualsiasi tipo di "associazione per delinquere", ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'ovvia esclusione del mero concorso di persone nel reato, atteso che in tali ipotesi manca il requisito dell'organizzazione<sup>24</sup>. E poi, ribadendo l'inclusione del delitto di cui all'art. 416 c.p. tra i reati di criminalità organizzata, si è precisato ancora che, per "delitti di criminalità organizzata, anche terroristica", devono intendersi quelli "elencati nell'art. 51, commi 3-*bis*

<sup>22</sup> C. cost., 20.2.1995, n. 59.

<sup>23</sup> G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità" e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 139 ss.

<sup>24</sup> Cass., S.U., 11.5.2005, Petrarca e altri, n. 17706, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2916.

e 3-*quater*, c.p.p., nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato"<sup>25</sup>.

Esaminando le deroghe alla disciplina ordinaria, la prima riguarda, anzitutto, i presupposti dell'autorizzazione: infatti l'autorizzazione ad eseguire intercettazioni viene concessa allorché le stesse appaiano "necessarie" (non "indispensabili") in presenza di "sufficienti" (e non "gravi") indizi di reato, "per lo svolgimento delle indagini" (e non per "la prosecuzione"). La seconda deroga consiste nel fatto che è previsto un termine di durata di quaranta giorni (e non quindici) con successive proroghe di venti giorni (e non di quindici). Ulteriore deroga è rappresentata dalla previsione che nei "casi d'urgenza" provvede lo stesso P.M. alla proroga dell'intercettazione, dovendosi poi osservare le disposizioni dell'art. 267, comma 2, c.p.p. per la convalida (art. 13, comma 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. dall'art. 1, l. 12 luglio 1991, n. 203).

Ancora altra deroga alla disciplina ordinaria consiste nel fatto che l'intercettazione nel domicilio è consentita anche se non vi è "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 13, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, cit.). Infine, ultima deroga consiste nel fatto che il P.M. e l'ufficiale di polizia giudiziaria possono farsi coadiuvare, nelle operazioni di intercettazione, da agenti di polizia giudiziaria.

## 18. Conclusioni.

In conclusione, evidenti ragioni di premura, oltre che di divergenze all'interno della stessa maggioranza di governo, hanno impresso un'accelerazione al procedimento di conversione del decreto-legge, impedendone una meditata e riflessiva ponderazione. Tale affrettata approvazione ha lasciato quindi diverse lacune, lasciate all'interpretazione giurisprudenziale, non sempre garantista, e sconta diversi punti critici che sicuramente presteranno il fianco a censure di incostituzionalità. Soprattutto è criticabile il rafforzamento dei poteri del P.M. e un indebolimento, da una parte, del ruolo del G.I.P. (che dovrebbe invece essere il garante della legittimità anche delle intercettazioni), dall'altra, dei poteri della difesa. Tra l'altro si sono lasciate insolte diverse questioni cruciali, che da anni attendono risposta. Ad esempio, il problema dell'esternalizzazione della gestione delle intercettazioni a società private e la subalternità sinora dimostrata dal ministero della giustizia alle loro logiche tecniche ed economiche. Ma anche il problema della delocalizzazione dei sistemi *cloud* di archiviazione in Paesi non soggetti alla nostra giurisdizione. Per non parlare della consuetudine dei consulenti tecnici del P.M. di non cancellare i dati, una volta terminati gli incarichi conferiti loro dalle Procure, accumulando così enormi ma ignoti archivi, paralleli a quelli blindati presso le procure, e che la cronaca ci ha mostrato come siano stati spesso utilizzati per commercializzare illecitamente conversazioni compromettenti. Tale mercato

---

<sup>25</sup> Cass., S.U., 28.4.2016, Scurato, n. 26889, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3536.

clandestino rivende e diffonde illegalmente la gran massa delle conversazioni e comunicazioni intercettate, mentre nel processo se ne utilizza la minima parte. Intanto, il legislatore ha perso l'occasione per disciplinare sia le già invalse pratiche di polizia, come il G.P.S., l'"agente segreto attrezzato per il suono", le riprese visive nel domicilio o i "code catcher", che negli U.S.A. sono impiegati dalla polizia da almeno venticinque anni per registrare le informazioni provenienti da tutti i cellulari che si trovano in una certa area<sup>26</sup> e sono da tempo usati anche in Italia tanto che se ne è interessata pure la Corte di cassazione<sup>27</sup>, sia le più recenti tecniche d'intercettazione, come l'impiego dei droni per finalità di intercettazione di comunicazioni e di riprese visive.

La lunga e tormentata odissea della riforma delle intercettazioni, realizzata con il d.lgs. n. 216/2017, ma rinviata, di anno in anno, fino al 2019, quando il d.l. n. 161/2019 l'ha sostanzialmente abrogata e sostituita con una disciplina in gran parte sovrapponibile a quella precedente, oltre a evidenziare le incertezze del legislatore, dimostra che, come abbiamo sostenuto da anni, non era necessaria tanto una riforma normativa, quanto piuttosto far sì che le vigenti disposizioni, già di per sé esaustive anche se per lo più risalenti all'impianto originario del codice del 1988, non fossero stravolte dalla giurisprudenza, eludendo il diritto di difesa, ma semplicemente interpretate alla luce della Costituzione e delle convenzioni sovranazionali.

<sup>26</sup> Il *code-catcher* è un apparecchio portatile, delle dimensioni d'una valigetta, che può essere portato a mano, caricato in macchina, installato su un drone o su un aereo e sfruttando alcune vulnerabilità delle reti di comunicazione, in particolare quelle che adoperano lo standard GSM, finge di essere un ponte radio, in modo da indurre i cellulari nei dintorni ad agganciarsi e carpirne i codici identificativi, sia il codice IMSI (*International Mobile Subscriber Identity*) della *Sim card*, sia il codice IMEI (*International Mobile Equipment Identity*) del cellulare. La cattura dei codici del dispositivo è operazione propedeutica a controlli ulteriori, quali l'inoculazione d'un *trojan horse* o un'intercettazione nei confronti di un telefono di cui ancora non si conosce il numero o anche un "pedinamento elettronico" (una volta che il codice identificativo del bersaglio sia stato ottenuto, esso viene inserito nello *Stingray*, che a questo punto è in grado di seguirne gli spostamenti): v. in proposito A. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1.

<sup>27</sup> Cass., sez. IV, 12.6.2018, Chirico e altro, n. 41385, in *CED*, p. 273929.





# LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA PAROLA: CONSIDERAZIONI TRA DIRITTO E PROCESSO SU UN PROBABILE OSSIMORO\* \*\*

**Francesco Schiaffo**

**Sommario:** **1.** La criminalizzazione della parola e i principi costituzionali: i termini di un ossimoro. - **2.** I reati di opinione e il ruolo dell'art. 21 Cost. - **2.1.** La giurisprudenza repubblicana e la *longue durée* di una ideologia autoritaria. - **2.2.** I margini di una legittima incriminazione: la condotta incriminata tra opinione ed azione. - **3.** Il problema: la causalità psichica. - **3.1.** La causalità psichica e il paradigma condizionalistico: il concorso di persone. - **3.2.** La causalità psichica come giudizio prognostico: l'istigazione come fattispecie autonoma. - **4.** Le riforme realizzate: l'idoneità offensiva delle fattispecie nella giurisprudenza e nella legge n. 86/2006. - **5.** La prioritaria definizione del bene giuridico: la mera istigazione tra fattispecie autonome di reato e tentativo di concorso di persone. - **6.** Una nuova «linea di demarcazione»: la criminalizzazione della parola tra *probatio diabolica* ed ineffettività.

## ABSTRACT

*Anche in tempi recenti, di fronte a vere o presunte emergenze criminali il legislatore italiano non ha evitato il rischio di incriminare la libera manifestazione del pensiero, modificando e adattando fattispecie già esistenti e chiaramente discutibili in termini di legittimità costituzionale. L'esiguo margine di legittimità costituzionale dei reati di opinione resta vincolato alla possibilità di una rilevanza penale della causalità psichica, ma la difficoltà di provare l'efficacia motivazionale della condotta incriminata compromette, in ogni caso, la effettività delle scelte legislative.*

*Even in recent times, faced with real or presumed criminal emergencies, the Italian legislator has not avoided the risk of incriminating the freedom of expression. The exiguous margin of constitutional legitimacy of the crimes of opinion remains bound to the possibility of a criminal relevance of the psychic causality, but the difficulty of proving the motivational efficacy of the offending conduct compromises the effectiveness of the legislative choices.*

\* Testo della relazione tenuta al Congresso annuale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale - Gruppo Italiano su "Nuove tecnologie e giustizia penale. Problemi aperti e future sfide", Università degli studi di Teramo, 22-23 marzo 2019.

\*\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. La criminalizzazione della parola e i principi costituzionali: i termini di un ossimoro.

Se si resiste ben saldi al cospetto di una storia – troppo spesso anche tragica! – che oggi ritroviamo ‘precipitata’ nei principi costituzionali del diritto penale, materialità ed offensività innanzitutto – e poi, ovviamente, anche legalità – rischiano inevitabilmente di trasformare in un ossimoro l’idea di criminalizzare la parola.

Infatti, il diritto penale definito nella Costituzione repubblicana non può non essere figlio del «secolo della fattualità del diritto», secondo la splendida definizione che, in un contesto molto più ampio, ne ha dato Paolo Grossi<sup>1</sup>.

Certo, le sue considerazioni sono riferite essenzialmente alla disposizione dell’art. 3, comma 2, Cost. che attribuisce alla «Repubblica» il «compito» di «rimuovere» – e, quindi, innanzitutto di ricercare e valutare! – «gli ostacoli di ordine economico e sociale» che «di fatto» limitano «libertà» e «uguaglianza».

Ma è ben noto sin dal 1973 – ed è impresso ormai nel DNA del penalista – l’insegnamento di Bricola che sottolineava il riferimento al «fatto» che, dopo la disposizione di cui all’art. 3, comma 2, ritorna anche all’art. 25, comma 2 della Costituzione repubblicana<sup>2</sup>.

In questo caso, si tratta non di un generale orientamento di politica del diritto, ma di un riferimento evidentemente funzionale alla certezza del diritto penale e, quindi, alle ragioni sostanziali dello stesso principio di legalità affermato all’art. 25, comma 2, Cost.: coerentemente, nella interpretazione di Bricola, la stessa disposizione diventa anche la costituzionalizzazione del principio di materialità.

Se questo è il cielo sotto cui si muove il legislatore che potrebbe scegliere di criminalizzare parole, il terreno su cui cammina è definito dalla disciplina processuale della prova: servono «fatti» per condannare e in tre diversi commi lo ripete per tre volte la disposizione che apre il libro III del codice di procedura penale e che, della prova, definisce innanzitutto l’oggetto (art. 187 c.p.p.).

I divieti stabiliti nella disposizione sull’oggetto della perizia di cui all’art. 220, comma 2, c.p.p. ne sono solo una ulteriore ma importante specificazione.

Innanzitutto con questo contesto normativo deve necessariamente confrontarsi la eventuale scelta legislativa di criminalizzare parole.

---

<sup>1</sup> Sul dibattito che, nell’ambito dell’Assemblea costituente, ha determinato i riferimenti a fattualità ed effettività di cui all’art. 3 co. 2 Cost. cfr., da ultimo, GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, [inserirre casa editrice], 2013, in ID., *L’invenzione del diritto*, Bari, 2017, 60 ss., 68 ss., secondo cui «il secolo che riscopre la *fattualità* del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi» (69, il corsivo è dell’A.).

<sup>2</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss., 82 s.

## 2. I reati di opinione e il ruolo dell'art. 21 Cost.

Il contrasto tra la scelta di criminalizzare parole e il diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. appare, invece, solo secondario rispetto al contrasto con la rilevanza costituzionale dei principi fondamentali del diritto penale che trovano importanti corollari nella disciplina del codice di procedura penale.

In particolare, esso appare radicato nelle specifiche modalità delle condotte incriminate che, in modo evidente e in via immediata, pongono un problema di compatibilità con l'esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero: sono probabilmente queste le ragioni per cui soprattutto in riferimento all'art. 21 Cost. si è sviluppato, in Italia, il dibattito sulla legittimità dei reati di opinione<sup>3</sup>.

Essi rappresentano una delle due forme fondamentali che può assumere la criminalizzazione della parola nella legislazione penale. L'altra concerne la tutela di beni individuali (innanzitutto onore e reputazione) e, in ragione della peculiarità del bene giuridico protetto, implica soluzioni incriminatrici assolutamente particolari sia per la struttura della fattispecie che per i criteri che ne determinano la legittimità; ad essa dovrebbero essere dedicate considerazioni altrettanto particolari che è preferibile tralasciare in questa sede.

I reati di opinione, invece, sono posti a tutela di beni superindividuali che, già nella semplice organizzazione del codice Rocco, appaiono evidentemente oggetto di considerazione prioritaria e, comunque, privilegiata. Non sorprendono, pertanto, l'anticipazione della relativa tutela penale fino alle soglie della libera manifestazione del pensiero e il dato secondo cui, anche dopo l'avvento della Costituzione, il relativo diritto sia rimasto a lungo sacrificato anche nella giurisprudenza repubblicana.

È evidente che si tratta, peraltro, dei fondamentali modelli socioculturali elaborati dagli storiografi della *longue durée*<sup>4</sup> e ben noti all'esperienza pressoché quotidiana del giurista.

### 2.1. La giurisprudenza repubblicana e la *longue durée* di una ideologia autoritaria.

Sono notorie le relative argomentazioni giuridiche: dalla classica inversione metodologica – proposta da chi aveva sostenuto che «il diritto di manifestare il proprio pensiero non può significare diritto di assumere comporta-

---

<sup>3</sup> Per tutti C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970, 486 ss.; *Id.*, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.*, 1971, 15 ss.; *Id.*, *I reati di opinione*, Padova 1972, *passim*; *Id.*, *Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione*, in *Giur. merito*, 1974, 6 ss.

<sup>4</sup> Per tutti, resta efficacemente rappresentativo dell'indirizzo storiografico il fondamentale testo di BRAUDEL, *Historie et Sciences sociales. La longue durée*, in *Annales. Économics, Sociétés, Civilisation*, 1958, 725 ss., 727 dove sono chiaramente definite le ragioni di «una storiografia di lunga, addirittura di lunghissima durata».

menti penalmente repressi»<sup>5</sup> e condivisa dalla giurisprudenza che, in modo esemplare, aveva affermato che la norma di cui all'art. 21 Cost. «non può intendersi rivolta alla sovversione del sistema delle leggi vigenti»<sup>6</sup> – alla teoria dei “limiti impliciti” o “logici” alla libertà di manifestazione del pensiero – proposta da chi ha ritenuto di riferirla soltanto alle manifestazioni di pensiero esclusivamente orientate a sollecitare nei destinatari uguali attività di mero pensiero e di escluderne, invece, quelle che siano, al tempo stesso, sollecitazioni all'azione e eccitamento di stati emotivi<sup>7</sup> –, fino alla definizione di poche materie privilegiate – individuate essenzialmente in quelle di cui agli artt. 19 e 33 Cost., per le quali la tutela costituzionale della libera manifestazione del pensiero incontrerebbe i soli limiti logici e non anche quelli dell'ordine pubblico e del buon costume implicitamente o esplicitamente posti, invece, all'art. 21 Cost. ed affidati alle definizioni della legislazione ordinaria<sup>8</sup>.

Evidentemente l'esito di tali posizioni è la riduzione del contenuto normativo dell'art. 21 Cost. all'affermazione di una «libertà minacciata dalle pene» e, quindi, alla posizione di una garanzia solo «apparente». Il postulato, invece, è l'assunzione di un rinvio tacito dell'art. 21, comma 1, Cost. alla legge ordinaria la cui assenza nel tenore esplicito della disposizione, invece, «non deriva da incompletezza della formula, ma dalla necessità e dalla natura intrinseca del diritto proclamato, intimamente diverso da quelli garantiti con rinvio alla legge per regolamentazione o delimitazione»<sup>9</sup>.

Quasi a ripetere i noti assunti sociologici relativi ad una funzione positiva (promozionale) della devianza<sup>10</sup>, l'affermazione del diritto alla libera manifestazione di un pensiero non allineato diventa, infatti, «garanzia di partecipazione» del tutto conforme al fondamentale principio di cui all'art. 2 Cost., strumento di «espansione sociale» e di sviluppo non soltanto della personalità, ma anche della stessa comunità<sup>11</sup> e quindi, «pietra angolare dell'ordine democratico»<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954, 130.

<sup>6</sup> Cass., S.U., 15.4.1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, pp. 497 ss.: cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 84.

<sup>7</sup> In tal senso FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113 ss. *Contra* cfr. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 424 ss., 472.

<sup>8</sup> Cfr. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, cit., 45 ss., 77 ss., 97 ss., 118 ss.; *contra*, sottolineano l'assenza nell'art. 21 Cost. di qualsiasi rinvio alla legislazione ordinaria C. FIORE, *Cronaca giornalistica e delitti contro l'onore*, Napoli, 1967, 13 ss.; CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965, 244 ss., 245; ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1157 ss.

<sup>9</sup> ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 17 ss.

<sup>10</sup> DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico* (1895), Torino, 2001, .72 ss.

<sup>11</sup> ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p.3 ss.; BARI-LE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p.428; *Id.*, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229 ss.

<sup>12</sup> In tal senso Corte costituzionale, sentenza 17 aprile 1969, n. 84, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 1175 ss., con nota di CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, 1178 ss.

Si tratta, quindi, di una libertà che ha una duplice natura: non soltanto negativa, ma anche positiva, in quanto funzionale allo sviluppo della personalità, garantito anche attraverso la realizzazione delle condizioni «perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare»<sup>13</sup>, convincendolo, quindi, «non solo a *pensarla* in un modo, ma anche a *comportarsi coerentemente*»<sup>14</sup>.

## 2.2. I margini di una legittima incriminazione: la condotta incriminata tra opinione ed azione.

Secondo l'insegnamento di Paolo Barile, per legittimare la criminalizzazione della parola in funzione di tutela di beni superindividuali e renderla conforme, in particolare, alla affermazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, pertanto, restano «(forse)»<sup>15</sup> solo i limiti «consustanziali»<sup>16</sup> alla libertà garantita dall'art. 21 Cost.: non sarebbe riconducibile alla disposizione costituzionale, infatti, la condotta dettagliatamente descritta dalla fattispecie incriminatrice secondo modalità che ne compromettono la natura di mera espressione, sia pur tendenzialmente operativa, di pensiero<sup>17</sup>.

In questa prospettiva diventa esemplare la rilevanza penale delle condotte di istigazione che è stata ritenuta legittima proprio perché esse prospettano concrete azioni da compiere. Si è ritenuto, infatti, che l'istigazione non è espressione di mero pensiero, ma di intendimento pratico, di intenzioni e di volontà, comprende quindi un'azione fino a diventare essa stessa «quasi un'azione»<sup>18</sup>.

In particolare, assume un ruolo evidentemente decisivo, sotto questo profilo, la necessità di una condotta «concretamente idonea a provocare la commissione» dei delitti evocati dall'istigatore<sup>19</sup> che, pertanto, rappresenta l'autentica «linea di demarcazione fra la libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e di apologia»<sup>20</sup>.

Ma, nel momento in cui si è affermato, in modo esemplare, che l'«idoneità della condotta a determinare l'esecuzione dei delitti deve essere intesa nel senso che deve sussistere la capacità di provocare l'immediata commissione di azioni delittuose o la probabilità che queste vengano realizzate in un fu-

<sup>13</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, 3 ss., 9.

<sup>14</sup> BARILE, *op. cit.*, 229 (il corsivo è dell'A.).

<sup>15</sup> In riferimento alla natura dell'istigazione che, diversa da quella della propaganda e della apologia, ne determinerebbe la legittimità della rilevanza penale, in tal senso BARILE, *op. cit.*, 472.

<sup>16</sup> BARILE, *op. cit.*, 459.

<sup>17</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, 51; BARILE, *op. cit.*, 457.

<sup>18</sup> BARILE, *op. cit.*, 267.

<sup>19</sup> Cass., Sez. I, 5.7.1979, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 735 ss.

<sup>20</sup> Così Cass., Sez. I, 22.11.1997, in *Riv. pen.*, 1998, pp. 42 ss.

turo più o meno prossimo»<sup>21</sup>, ci si ritrova evidentemente sull'orlo dell'«abisso che solo la fantasia può misurare, tra un dire nostro e un fare altrui»<sup>22</sup>.

### 3. Il problema: la causalità psichica.

La citazione di Pedrazzi sintetizza e rappresenta efficacemente il problema della causalità psichica che, in quanto nesso tra i dati attuali di una sollecitazione motivazionale realmente seguita dalla commissione del reato, presenta comunque inevitabili margini di incertezza che sono stati recepiti anche nei termini espliciti di una impossibile verifica empirica<sup>23</sup>.

#### 3.1. La causalità psichica e il paradigma condizionalistico: il concorso di persone.

La prospettiva è, evidentemente, innanzitutto quella del concorso di persone.

Puntualmente e dettagliatamente definite e poi verificate le insormontabili difficoltà di accertamento della causalità psichica, «in una prospettiva di riforma» sono state prospettate «soluzioni differenziate rispetto al dogma causale declinato secondo il modello della *condicio sine qua non*, privilegiando la scelta di criteri di imputazione che, in via di “eccezione”, prescindano dal paradigma etiologico-condizionalistico, mediante *tipizzazione* di condotte “istigatorie”»<sup>24</sup>.

Si tratterebbe, dunque, di rivedere la fondamentale opzione della tipizzazione (tendenzialmente) unitaria del concorso di persone, nel cui ambito, tuttavia, «resterà comunque imprescindibile il riferimento a un effetto psichico incidente sulla risoluzione dell'autore a comportarsi in maniera illecita»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Cass., Sez. I, 23.1.1979, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1981, pp. 770 ss.

<sup>22</sup> Sono le efficaci parole di PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 25.

<sup>23</sup> In tal senso, per tutti, cfr. SAMSON, *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1972, 181 ss., 189 ss. Sul punto v. anche PUPPE, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, in *GA*, 1984, 101 ss., 107; KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen, 1988, 141 ss., 196 ss. In riferimento alla istigazione come forma di contributo morale nel concorso di persone ritiene che «anche se, in via di principio, si ritiene possibile la causalità psichica, qui la prova della causalità è solitamente difficile e quindi la punibilità della cooperazione psichica discussa»; ma, tra una giurisprudenza che finisce per prescindere dal relativo accertamento e una parte della dottrina che nega del tutto il contributo psichico, «la giusta soluzione è su una linea intermedia, che in via di principio ritiene possibile un contributo attraverso un mero influsso sulla decisione dell'autore, ma che anche qui insiste sulla necessità di una causalità del contributo e giunge così in questo ambito ad una restrizione della punibilità» ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 198.

<sup>24</sup> CASTRINUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE-E. VENAFAO, Torino, 2010, 185 ss., 196 (il corsivo è dell'A.).

<sup>25</sup> CASTRINUOVO, *op. cit.*, 197.

### 3.2. La causalità psichica come giudizio prognostico: l'istigazione come fattispecie autonoma.

Il paradigma etiologico-condizionalistico, invece, non sarebbe più un inevitabile vincolo dell'accertamento giudiziale se la «tipizzazione di condotte "istigatorie"» si risolvesse nella creazione di autonome fattispecie di parte speciale.

In modo evidente ed esemplare è il caso dell'art. 414, comma 1, c.p. che, incriminando la condotta «per il solo fatto della istigazione», si colloca esattamente su quella «linea di demarcazione» fra la libera manifestazione del pensiero e la legittima rilevanza penale della condotta.

Per la condanna di chi realizza la condotta di cui all'art. 414 comma 1, c.p. non è necessaria la realizzazione del reato evocato che pertanto, anche se realizzato, ai fini dell'applicazione della fattispecie resterebbe giuridicamente inesistente e potrebbe avere, tutt'al più, solo una efficacia ulteriormente probatoria di una causalità che comunque va accertata secondo criteri rigorosamente ed esclusivamente prognostici.

Nel caso dell'art. 414, comma 1, c.p., peraltro, il ricorso ad altri criteri per la valutazione dell'efficacia causale della condotta potrebbe risolversi, in sede processuale, nel ruolo decisivo di mezzi di prova poco affidabili in una vicenda presumibilmente esposta ad un alto rischio di strumentalizzazioni politiche e/o emergenziali<sup>26</sup>: per esempio, replicando distorsioni analoghe a quelle ben note delle collaborazioni di giustizia, contro l'imputato potrebbero diventare decisivi i testimoni che affermano l'efficacia persuasiva dell'istigazione confessando, magari, anche la conseguente realizzazione di atti preparatori comunque insufficienti alla configurazione di un tentativo.

Evidentemente anche per queste ragioni, dunque, è opportuno che la causalità psichica nella istigazione e negli altri reati di opinione sia accertata secondo criteri che devono essere prognostici, essenzialmente riconducibili a quelli per la valutazione della idoneità degli atti nel tentativo.

## 4. Le riforme realizzate: l'idoneità offensiva delle fattispecie nella giurisprudenza e nella legge n. 86/2006.

D'altra parte, un riferimento esplicito e decisivo alla idoneità emerge evidente anche negli orientamenti di riforma dei reati di opinione.

Soprattutto in tal senso si era pronunciata, come è noto, la Corte costituzionale nella sentenza n.65 del 1970 con cui aveva dichiarato la legittimità costituzionale della fattispecie di apologia di cui all'art. 414 co. 3 c.p. rielaborandone struttura e funzioni nelle forme di una «istigazione indiretta», ovvero

---

<sup>26</sup> Per una valutazione critica dell'efficacia probatoria delle collaborazioni di giustizia restano esemplari le limpide considerazioni di MOCCHIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Napoli, 1997, 171 ss.

di «comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»<sup>27</sup>.

Ad essa si era adeguata ben presto innanzitutto la giurisprudenza di merito sull'art. 414, commi 1 e 3, c.p.<sup>28</sup> e poi anche la Corte di cassazione che, con riferimento specifico all'apologia, avrebbe ben presto affermato la necessità di una condotta «concretamente idonea a provocare la commissione» dei delitti evocati dall'apologeta<sup>29</sup>.

Non sorprende, dunque, che, per quanto possa essere stata discutibile l'occasione della riforma, quando finalmente si è proceduto ad una rivisitazione più organica dei reati di opinione con la legge n. 86/2006, laddove non è stata ritenuta opportuna l'abrogazione delle fattispecie – come è accaduto, invece, per gli artt. 269, 272, 292-*bis*, 293 e 406 c.p. –, le soluzioni adottate sono state non solo la revisione delle comminatorie edittali, ma anche l'introduzione di ulteriori elementi nella struttura delle fattispecie che fossero utili a concretizzarne l'offensività: in tal senso è stato previsto, per esempio, il carattere necessariamente violento degli atti compiuti (artt. 241, 283 e 289 c.p.), ma soprattutto, in evidente conformità con l'orientamento indicato dalla sentenza n. 65/1970 della Corte costituzionale, la esplicita idoneità offensiva della condotta realizzata (artt. 241, 270 e 283 c.p.).

## 5. La prioritaria definizione del bene giuridico: la mera istigazione tra fattispecie autonome di reato e tentativo di concorso di persone.

In questa prospettiva, però, assume un ruolo evidentemente prioritario e decisivo la definizione del bene giuridico che dovrebbe aver offeso la condotta incriminata e, quindi, dell'evento realizzato o almeno perseguito dal suo autore.

Ad indicarlo ancora, per esempio, nell'ordine pubblico ideale – come a lungo è stato ritenuto per le fattispecie di istigazione di cui agli artt. 414 e 415

---

<sup>27</sup> C. cost., 4.5.1970, n. 65, in *Giur. cost.*, 1970, pp. 955 ss., p. 959. La configurazione dell'apologia come istigazione indiretta, deducibile già dai lavori preparatori del codice Rocco (cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, *Relazione sui Libri I e II*, Roma, 1929, 44), risultava già ampiamente sostenuta in dottrina contro il diverso orientamento della giurisprudenza che prescindeva dal requisito dell'idoneità a provocare altri alla commissione di delitti: sul punto, con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. FORTI, *Art. 414*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 1034 ss., 1039 ss.; sugli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla sentenza della Corte costituzionale cfr. C. FIORE, *op. cit.*, 47 ss.

<sup>28</sup> Afferma la necessità non solo di superare, nell'interpretazione della norma di cui all'art. 414 c.p., la categoria del pericolo presunto anche in ragione della «capacità critica del cittadino medio rispetto» alle dichiarazioni che esortano alla commissione di reati. Trib. Roma, 5.10.1975, in *Foro it.*, 1976, II, pp. 66 ss.; la necessità di un pericolo concreto è affermata, più o meno esplicitamente, anche in Trib. Milano, 18.3.1975, in *Giur. merito*, 1976, II, pp. 108 ss.; Trib. Pisa, 10.10.1975, in *Foro it.*, 1976, II, p. 65 s.

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, 5 luglio 1979, cit., 735 ss.



c.p.<sup>30</sup> –, risulterebbe irrimediabilmente compromessa la possibilità di ricondurre le incriminazioni legislative nell'ambito della legittimità costituzionale attraverso il riferimento alla concreta idoneità offensiva delle condotte.

In passato, un orientamento completamente diverso è stato proposto, invece, da chi, proprio in ragione della «insufficienza di una [...] vaga offesa all'ordine pubblico a fungere da termine di riferimento di qualsiasi giudizio di idoneità» della condotta<sup>31</sup>, ha assolutizzato il riferimento alla realizzazione dell'illecito evocato dall'istigatore e, per quanto concerne specificamente la disposizione di cui all'art. 414 c.p., ha espressamente rappresentato «la possibilità di configurare non tanto un tentativo del reato istigato, quanto *un tentativo di concorso nel reato istigato*»<sup>32</sup>.

Nel 1996, in senso apparentemente analogo Ettore Gallo proponeva e poi precisava, anche con espliciti riferimenti alla giurisprudenza di merito e persino costituzionale, che «la fattispecie di istigazione non tutela alcun bene giuridico autonomo, come si era ritenuto in passato, ma appresta piuttosto un'anticipata protezione a quegli stessi beni cui si rivolgono i delitti oggetto dell'istigazione»<sup>33</sup>.

Chiaramente, però, nello stesso contributo egli affermava, poi, che «l'istigazione non è il delitto istigato» e che «il contenuto della sua idoneità non può essere lo stesso di quello del delitto istigato, altrimenti sarebbe un atto di quello stesso delitto»<sup>34</sup>.

La rigorosa coerenza sistematica del codice Rocco appare, sotto questo profilo, di esemplare ed estrema utilità.

Per l'autonoma incriminazione della istigazione, infatti, il legislatore del 1930 aveva utilizzato due modelli chiaramente diversi ed alternativi che corrispondevano, peraltro, agli stessi modelli che per l'incriminazione di condotte analoghe, si erano definiti nelle codificazioni preunitarie<sup>35</sup>: la mera istigazione pubblica era punita, per esempio, all'art. 303 (abrogato con la l. n. 205/1999) e all'art. 414 c.p.; la mera istigazione privata, invece è tuttora punita all'art.302 c.p. e può determinare l'applicazione di una misura di sicurezza ai sensi dell'art. 115, commi 3 e 4, c.p.

In particolare appaiono estremamente significative nel sistema originario del codice Rocco le clausole di coordinamento delle relative fattispecie incriminatrici con le altre eventualmente applicabili.

---

<sup>30</sup> Il riferimento all'ordine pubblico ideale è stato ribadito ed è rimasto costante anche nella giurisprudenza repubblicana fino agli anni Settanta: sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004, 120 ss.

<sup>31</sup> PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 996 ss., 1015.

<sup>32</sup> PALMIERI, *op. cit.*, 1031 (il corsivo è dell'A.).

<sup>33</sup> E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione. A proposito di "Secessione" e di "Padania"*, in *Diritto penale e processo*, [Inserire casa editrice], 1996, 1514 ss.

<sup>34</sup> E. GALLO, *op. cit.*, 1515.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 43 ss.

Infatti, l'istigazione pubblica era ed è punita «per il solo fatto della istigazione» (art. 303 prima dell'abrogazione e art. 414 c.p.); quella privata, invece, è punita o può assumere comunque rilevanza penale solo se «l'istigazione non è stata accolta ovvero se l'istigazione è stata accolta ma il delitto non è stato commesso» (art. 302 c.p.) e, nei casi di cui all'art. 115 c.p., solo «se l'istigazione è stata accolta ma il reato non è stato commesso» (art. 115 co. 3) e solo «qualora l'istigazione non sia stata accolta e si sia trattato di istigazione ad un delitto (art. 115 co. 4).

Nel primo caso l'eventuale realizzazione del reato evocato dall'istigatore, ricorrendone i presupposti definiti agli artt. 110 ss. c.p., realizza un'ipotesi di concorso di reati; nel secondo caso, invece, si tratterebbe di un evidente concorso apparente di norme.

Solo in quest'ultimo caso, dunque, le condotte incriminate sarebbero offensive dello stesso bene giuridico.

## 6. Una nuova «linea di demarcazione»: la criminalizzazione della parola tra *probatio diabolica* ed ineffettività.

La rigorosa corrispondenza tra le modalità ambientali della mera istigazione e le clausole di coordinamento adottate che caratterizzava la originaria sistematica del codice Rocco appare, oggi, stravolta al comma 4 che è stato aggiunto all'art. 414 c.p. – per poi essere ulteriormente integrato – con la l. n. 155/2005 di conversione del d.l. n. 144/2005: pur riferendosi alla istigazione (comunque pubblica!) di cui ai commi precedenti, la nuova disposizione di apre infatti con una clausola di coordinamento con la fattispecie di istigazione privata di cui all'art. 302 c.p.

Non ne risulta compromesso, tuttavia, l'evidente riferimento delle disposizioni di cui ai commi precedenti ad una oggettività giuridica del tutto autonoma da quella che potrebbero offendere le condotte evocate dall'istigatore.

Testualmente Ettore Gallo: «Idoneità sì – dicevamo – ma non alla perpetrazione del delitto istigato, bensì a far sorgere nella mente del pubblico che ascolta [...] l'idea e il proposito di compiere il delitto, così determinandone in sostanza l'*accoglimento*»<sup>36</sup>.

L'«*accoglimento*» della istigazione, dunque, segnerebbe evidentemente una nuova «linea di demarcazione fra la libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e di apologia» in quanto in esse si risolverebbe la prova della idoneità «a far sorgere nella mente del pubblico che ascolta (...) l'idea e il proposito di compiere il delitto».

L'esito della interpretazione proposta non può che apparire auspicabile e sarebbe comunque assolutamente necessario per recuperare alla legittimità costituzionale una fattispecie che è stata evidentemente concepita per incriminare una libera manifestazione di pensiero.

<sup>36</sup> E. GALLO, *op. cit.*, 1516 (il corsivo è dell'A.)

Diversamente la valutazione della idoneità della condotta finirebbe, inevitabilmente, nell'«abisso che solo la fantasia può misurare» della *probatio diabolica* della causalità psichica (e prognostica!).

In tal caso, seppur lontana, risuonerebbe ancora chiara l'eco dell'insegnamento di Feuerbach<sup>37</sup> e sarebbe forte e nitida, invece, quella della storica sentenza n. 96/1981 della Corte costituzionale che, notoriamente, a quell'insegnamento si rifaceva e affermava che «sarebbe assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che sebbene concettualmente intelligibili, [...] puniscano fatti [...] non razionalmente accertabili»<sup>38</sup>.

L'accertamento di una causalità psichica e prognostica, infatti, non sarebbe agevole sotto il profilo razionale e sarebbe, invece, sicuramente discutibile sotto il profilo giuridico.

Una perizia che attesti *deficit* di assertività ovvero di personalità e carattere dei destinatari della sollecitazione motivazionale avrebbe, infatti, oggetto ed implicazioni processuali ben diverse da quelle degli «accertamenti» ammessi ai sensi dell'art. 196, comma 2, c.p.p. per valutare la capacità del testimone. Peraltro, ridondando *in malam partem*, condividerebbe evidentemente la *ratio* del divieto di perizia su «personalità e carattere dell'imputato» e, «in genere» (!) su «qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p.<sup>39</sup>

Sarebbe agevolmente accertabile, invece, l'«accoglimento» in cui, secondo le indicazioni di Ettore Gallo, si risolverebbe l'accertamento della idoneità psichica e che, tuttavia, tornerebbe ad esporre l'effettiva applicazione della fattispecie a distorsioni analoghe a quelle, prima evidenziate e ben note, delle collaborazioni di giustizia.

Se però, secondo le indicazioni dello stesso Gallo, la fattispecie di pubblica istigazione di cui all'art. 414 c.p., al pari di quella ormai abrogata di cui all'art. 303 c.p., serve a prevenire «il pericolo che masse di uomini comincino a rafforzarsi nella concezione e nella determinazione attorno alla concreta possibilità di commettere il delitto»<sup>40</sup>, sarebbero necessarie anche «masse» di testimoni per provare l'«accoglimento» e, quindi, l'efficacia causale della istigazione.

Resterebbe da chiedersi, a quel punto, quale potrebbe essere una valutazione in termini di effettività delle fattispecie di pubblica istigazione e se la condivisibile interpretazione proposta a suo tempo da Ettore Gallo non ne determina, piuttosto, una implicita abrogazione.

---

<sup>37</sup> FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800, r.a. Aalen 1973, 12-13; sul punto, per tutti, cfr. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 14 s.

<sup>38</sup> C. cost., sentenza 8.6.1981, n. 96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 1147 ss.

<sup>39</sup> Sul punto, per tutti, cfr. LIANI GIARDA, *Art. 220 B*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2017, 2217 ss.

<sup>40</sup> E. GALLO, *op. cit.*, 1516.



# I NUOVI CONFINI DI LICEITÀ DELL'AGEVOLAZIONE AL SUICIDIO TRA INERZIA DEL PARLAMENTO E SUPPLENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE\*

## Spunti dalla 'doppia pronuncia' sul caso Cappato

Cristiano Cupelli

**Sommario:** **1.** Il tema: suicidio assistito e nuove frontiere dell'autodeterminazione terapeutica. - **2.** Il caso *Cappato* e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. - **3.** Il *primo tempo* della *doppia pronuncia* della Corte costituzionale: l'ordinanza n. 207 del 2018. - **4.** L'inerzia del Parlamento e l'esigenza indifferibile di ripristinare la legalità costituzionale: la sentenza n. 242 del 2019 e la *procedura* per l'agevolazione al suicidio. - **5.** La sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano. - **6.** Una lettura sistematica della 'doppia pronuncia': l'equilibrato bilanciamento e la 'moderna' *ratio* dell'art. 580 c.p. - **7.** Il diritto alla piena dignità anche *nel* morire. - **8.** I *nodi*: il servizio sanitario nazionale, i comitati etici territoriali e l'obiezione di coscienza. - **9.** Spunti sul metodo. - **10.** Quali scenari?

### ABSTRACT

*Il contributo, muovendo da un'analisi della 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale sul caso Cappato (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019), ricostruisce - tenendo conto altresì delle motivazioni della sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano - le nuove ipotesi di liceità dell'agevolazione al suicidio, anche in rapporto all'art. 32, co. 2 Cost., quale cardine del diritto di rifiutare o interrompere tutte e solo le cure sino al punto di lasciarsi morire, e alla legge n. 219 del 2017, che circoscrive la non punibilità all'esclusivo ambito della relazione terapeutica.*

*Having analysed the 2 orders issued by the Italian Constitutional Court related to "Cappato Case", and the reasoning of the subsequent acquittal by Assize Court of Milan, the paper focuses on lawful conducts of assisted suicide, in relation to the second paragraph of article 32 of Italian Constitution and to the law 219/2017, which delimits the non-punishability only to therapeutic relationship.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. Il tema: suicidio assistito e nuove frontiere dell'autodeterminazione terapeutica.

La riflessione odierna sull'autodeterminazione individuale in ambito terapeutico si è spostata – anche grazie alle *conquiste giurisprudenziali* culminate nella l. n. 219 del 2017 – dal versante del rifiuto di cure vitali ai nuovi spazi di liceità di talune condotte di agevolazione al suicidio, così come riconosciuti dalla Corte costituzionale nella *doppia pronuncia* – ordinanza 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019 – con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.<sup>1</sup>

Come si avrà modo di approfondire, il rilievo dell'autodeterminazione emerge, sul piano fattuale, con riferimento alle condizioni dei soggetti che sono oggi legittimati a richiedere tale agevolazione, e, sul versante giuridico, dal richiamo decisivo operato dalla Corte costituzionale all'art. 32 Cost. e alla l. n. 219 del 2017, quale parametro normativo di comparazione per vagliare

---

<sup>1</sup> La sentenza n. 242 del 2019 è stata tempestivamente pubblicata, il giorno stesso del deposito, in *Sistema penale*, 22 novembre 2019; per un primo commento, si rinvia a C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, ivi, 4 dicembre 2019; in seguito, tra i molti, si segnalano M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, ivi, 8 gennaio 2020; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti l'aiuto a morire" imposte da Corte cost. n. 242/2019*, ivi, 10 febbraio 2020; A. NATALINI, *Inedita scriminante procedurale applicabile in futuro*, in *Guida dir.*, n. 3/2020, 67 ss.; G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen*, 3 febbraio 2020; L. RISICATO, *Laicità, legislazione e giurisdizione penale negli ultimi trent'anni*, ivi, 13 gennaio 2020; D. PULITANÒ, *A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 12/2019; M. PICCHI, *Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme web*, 27 novembre 2019; P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato"*, ivi, 11 dicembre 2019; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1/2020, 23 dicembre 2019; R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, ivi, 23 dicembre 2019; L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, ivi, 14 gennaio 2020; O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 de 2019)*, ivi, 21 gennaio 2020; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, ivi, 28 gennaio 2020; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, fasc. 2/2019; A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, ivi; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, ivi; C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta on line*, fasc. 1/2020, 64 ss.

il rispetto di canoni di *ragionevolezza* e *uguaglianza*, oltre che di *dignità*, soprattutto con riferimento al rapporto con la possibile alternativa della sedazione profonda associata alla sospensione delle terapie vitali.

Ciò che è evidente già dalla semplice lettura del dispositivo della sentenza n. 242 – ove si esclude “la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017 (ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dianzi indicati), agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente” – è dunque che, liceizzando la condotta di agevolazione al suicidio, in presenza di ben circoscritte *condizioni situazionali* (di malattia irreversibile e sofferenza) e *procedurali* (percorso medicalizzato), si è aperta la porta a un ampliamento dell’autodeterminazione individuale, spostandone i confini – nel rispetto dell’esigenza di bilanciare la salvaguardia del bene vita – oltre la linea del *semplice* diritto di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari, sinora garantito dall’art. 32, comma 2, Cost. e dalla l. n. 219 del 2017; il che – come appare da subito evidente – pone l’esigenza di fronteggiare nuove e rilevanti questioni, connesse anzitutto agli obblighi e alle conseguenti responsabilità che si vanno delineando nei confronti della classe medica.

## 2. Il caso Cappato e la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.

Non potendosi ripercorrere analiticamente i termini della vicenda, ci si può limitare a ricordare come l’intervento della Corte costituzionale abbia tratto origine, nell’ambito della ben nota storia di Fabiano Antoniani, dai dubbi di legittimità sollevati, con ordinanza 14 febbraio 2018<sup>2</sup>, dai giudici della Corte di Assise di Milano nel processo a carico di Marco Cappato<sup>3</sup> e abbia trovato

---

<sup>2</sup> In *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2018; sull’ordinanza di rimessione, nella prospettiva costituzionalistica, si vedano in particolare le osservazioni di M. D’AMICO, *Scegliere di morire “degnamente” e “aiuto” al suicidio: i confini della rilevanza penale dell’art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018, 737 ss.; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giurisprudenza penale web*, 17 settembre 2018 e C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, 139 ss.

<sup>3</sup> Sulla vicenda, in termini più ampi, cfr., per tutti, M. D’AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l’istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11/2017; A. ALBERTI, *Il reato d’istigazione o aiuto*

nell'ordinanza n. 207 del 2019 molto più di una semplice tappa intermedia meramente interlocutoria.

Partendo dal fatto, Fabiano Antoniani (noto come *DJ Fabo*), nel giugno 2014, a seguito di un grave incidente automobilistico, rimane tetraplegico e affetto da cecità permanente, non autonomo nella respirazione, nell'alimentazione e nell'evacuazione e in stato di costante e acuta sofferenza, lenibile solo mediante sedazione profonda.

Conservando intatte le facoltà intellettive, esprime – consapevole dell'irreversibilità di tale condizione – la ferma volontà di porre fine alla sua esistenza; volontà in alcun modo scalfita dai numerosi tentativi di fargli cambiare idea da parte dei suoi cari e anzi ribadita dapprima con uno sciopero della fame e della parola e successivamente con varie comunicazioni pubbliche. In questa fase entra in contatto con Marco Cappato, il quale gli prospetta inizialmente la possibilità di interrompere in Italia i trattamenti di ventilazione, idratazione e nutrizione artificiale, con contestuale sottoposizione a sedazione profonda.

A fronte del saldo proposito di recarsi all'estero per ottenere assistenza alla morte volontaria, lo stesso Cappato decide di assecondare le richieste di Fabiano e di accompagnarlo, guidando un'autovettura medicalmente attrezzata, in Svizzera, ove, dopo un'ulteriore verifica, da parte del personale della struttura prescelta delle sue condizioni di salute, del permanere del consenso e della capacità di assumere in via autonoma il farmaco che gli avrebbe procurato la morte, si compie, due giorni dopo il ricovero (esattamente il 27 febbraio 2017), il suicidio, realizzato azionando con la bocca uno stantuffo, attraverso il quale viene iniettato nelle vene il farmaco letale. Di ritorno dal viaggio, Cappato si autodenuncia ai Carabinieri di Milano.

La Procura della Repubblica, all'esito delle indagini, chiede in prima battuta l'archiviazione, ritenendo che, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p., la condotta debba ritenersi non punibile; in via subordinata, chiede che venga sollevata questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo.

Il GIP rigetta entrambe le richieste, disponendo invece, ai sensi dell'art. 409, co. 5 c.p.p., l'imputazione coatta nei confronti di Cappato, il quale viene così tratto a giudizio davanti alla Corte di Assise di Milano, chiamato a rispondere, con riferimento alla morte di Antoniani, sia per averne rafforzato il proposito suicidario, sia per averne materialmente agevolato l'esecuzione.

La tenuta dell'art. 580 c.p. è stata infine posta in discussione dalla Corte di Assise di Milano con riferimento al suo perimetro applicativo e con riguardo al trattamento sanzionatorio. Più precisamente, nella parte in cui "incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, comma

*al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire, in Forum di Quaderni costituzionali, 20 marzo 2018.*



1 e 117, Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo"; laddove "prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27, comma 3, Cost."

### 3. Il primo tempo della doppia pronuncia della Corte costituzionale: l'ordinanza n. 207 del 2018.

Venendo all'ordinanza n. 207 del 2018<sup>4</sup>, va ricordato come la Corte abbia dapprima chiarito come la tesi dell'illegittimità costituzionale, sostenuta dal giudice *a quo*, non possa essere condivisa "nella sua assolutezza"; l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non è infatti *di per sé* incompatibile con la Costituzione, trovando essa anzi una perdurante giustificazione (anche nell'ipotesi di chi ne agevoli «in qualsiasi modo» l'esecuzione) nella finalità di "proteggere il soggetto da decisioni in suo danno", creando intorno al soggetto 'debole' una sorta di "«cintura protettiva», inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui". L'incriminazione non può essere ritenuta in contrasto neppure con il diritto alla vita, ricondotto dalla Corte d'Assise all'art. 2 Cost. e all'art. 2 C.e.d.u. (§ 5), con il generico "diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e 13, comma 1, Cost." (§ 6), o con il "diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata", rapportato all'art. 8 C.e.d.u. (§ 7).

Ciò nondimeno, possono delinearsi situazioni, "inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali", nelle quali l'incriminazione dell'aiuto al suicidio entra in contrasto con i principi costituzionali, mettendo in discussione "le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio". Traendo spunto dalla vicenda oggetto del giudizio, si fa riferimento alle eventualità in cui a essere agevolata a procurarsi la morte sia una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno

---

<sup>4</sup> Nell'ambito dell'amplissima bibliografia sviluppata sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, appare in questa sede sufficiente rinviare, per una panoramica esaustiva della varietà di posizioni espresse sul versante costituzionalistico e penalistico, ai contributi apparsi nel volume collettaneo *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. MARINI-C. CUPELLI, Napoli, 2019, e all'accurata ricostruzione, tanto dell'ordinanza quanto dell'intera questione, compiuta da G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 241 ss.

vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli (dunque di autodeterminarsi). In queste circostanze, “l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, comma 2, Cost.” (§ 8).

A dire il vero – si prosegue – al malato in queste condizioni si presenta anche la possibilità di lasciarsi morire richiedendo l’interruzione di trattamenti di sostegno vitale in atto e la contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua; richiesta peraltro vincolante nei confronti dei terzi, sulla scorta di quanto riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale con riferimento al peso e al valore del consenso informato nell’ambito del trattamento sanitario<sup>5</sup>, dai giudici comuni, tanto in sede civile che penale (nei casi Englaro e Welby)<sup>6</sup>, e soprattutto dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 (“*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”)<sup>7</sup>. E proprio attraverso una ricostruzione della trama della l. n. 219, la Corte – sempre nell’ordinanza del 2018 – ricorda come vada riconosciuto “a ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5)” e che, “in ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6)”. Insiste poi nel rammentare come “la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1)”, rimarcando inoltre la possibilità di fare ricorso alla “sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari”; non potendo tale disposizione non riferirsi anche alle sofferenze

<sup>5</sup> In particolare, C. cost., 23.12.2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss. e C. cost., 26.6.2002, n. 282, *ivi*, 2002, 2012 ss.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla sentenza con la quale Prima Sezione civile della Cassazione, nella vicenda Englaro, ha autorizzato, nell’ottobre del 2007, la sospensione di nutrizione e idratazione artificiali di un paziente incapace (Cass., Sez. I civ., sent. 4 Ottobre 2007, in *Guida dir.*, n. 43/2007, p. 29 ss.) e a quella con cui il GUP presso il Tribunale di Roma il 23 luglio del 2007 ha deciso il caso Welby, prosciogliendo l’anestesista Mario Riccio dall’imputazione (coatta) di omicidio del consenziente (GUP presso il Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1791 ss.).

<sup>7</sup> Sulla l. n. 219 del 2017, nella sola prospettiva penalistica, cfr. S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss.; L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell’art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 415 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione e disposizioni anticipate di trattamento*, in B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Pisa, 2019, 145 ss.

provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale (quali ventilazione, idratazione o alimentazione artificiali), l'effetto è quello di innescare "un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito - non necessariamente rapido - è la morte". Ciò che, allo stato, è invece precluso al medico è "mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti non già ad eliminare le sue sofferenze ma a determinarne la morte", così costringendolo - "per congedarsi dalla vita" - a subire "un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care". A ben vedere, si precisa ulteriormente, "la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale - sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari - ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso", comprendendosi dunque "come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile", o meglio - richiamando quanto detto nell'ordinanza n. 207 - "meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire" (§ 9).

Sulla fattispecie ritagliata dalla Corte costituzionale nei limiti delle quattro condizioni descritte si annidano i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., i cui presupposti logico-argomentativi sono essenzialmente due: da un lato, se il preminente valore riconosciuto alla vita "non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari - anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) - non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale"; dall'altro, se pure è innegabile che malati irreversibili esposti a gravi sofferenze possano essere considerati soggetti vulnerabili da proteggere, una volta che l'ordinamento consideri chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale "in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri".

Si ricava a questo punto - "nello specifico ambito considerato" - il margine di incompatibilità fra il divieto assoluto di aiuto al suicidio e la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie (comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze) che scaturisce dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., "ingiustificatamente nonché irragionevolmente" limitata dall'imposizione di "un'unica modalità per congedarsi dalla vita" (§ 2.3).

Perimetrata l'area d'incostituzionalità, viene quindi ricostruita la scelta di scartare la soluzione più immediata - la declaratoria di illegittimità dell'art. 580 c.p. *in parte qua* (laddove cioè l'aiuto venga prestato nei confronti di

soggetti che versino nelle condizioni appena descritte) – per l'avvertita necessità di farsi carico del vuoto legislativo che ne sarebbe scaturito e degli abusi che ne sarebbero potuti derivare a carico dei soggetti più fragili<sup>8</sup>. In ragione di ciò, vengono riproposti i plurimi profili (“ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali”) rispetto ai quali l'esigenza di una regolazione della materia appariva fondamentale, dalle “modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto” alla “disciplina del relativo “processo medicalizzato”, passando per la “riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale” e “la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura”.

Sempre nell'ordinanza, poi, ci si spinge a suggerire vere e proprie *linee guida* per il futuro intervento, riprese anche nella sentenza 242, tra le quali la sede ove inserire l'auspicata regolamentazione (la l. n. 219 del 2017), la previsione di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse, anch'essa variamente calibrabile, e l'adozione di “opportune cautele affinché «l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza», in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la l. n. 38 del 2010”, considerato che “il coinvolgimento in un percorso di cure palliative deve costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente”<sup>9</sup>.

Quanto alla tecnica decisoria, la Corte rammenta come non sia stata percorsa la strada tradizionale della declaratoria di inammissibilità della questione sollevata, accompagnata da un monito al legislatore affinché rimuova il ravvisato *vulnus* adottando la necessaria disciplina legislativa, in ragione dell'effetto che ne sarebbe conseguito: quello, cioè, di “lasciare in vita – e

---

<sup>8</sup> A ben vedere, si segnala, “in assenza di una specifica disciplina della materia, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti” (§ 10 dell'ordinanza 207 del 2018, richiamato sempre al § 2.4 della sentenza n. 242 del 2019).

<sup>9</sup> Proprio con riguardo all'esigenza di rafforzare il peso delle cure palliative, i giudici chiamano in causa, nel § 2.4. della sentenza n. 242 del 2019, il Comitato nazionale per la bioetica, che, nel Parere del 18 giugno 2019 (“*Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*”), “pur nella varietà delle posizioni espresse sulla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito, ha sottolineato, all'unanimità, che la necessaria offerta effettiva di cure palliative e di terapia del dolore – che oggi sconta «molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell'offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell'ambito delle professioni sanitarie» – dovrebbe rappresentare, invece, «una priorità assoluta per le politiche della sanità»; diversamente, si aggiunge, si ricadrebbe nel “paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative” (§ 2.4).

dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preven- tivabile – la normativa non conforme a Costituzione”, col corollario dell’ine- vitabile condanna di Marco Cappato (§ 2.3). La soluzione che, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”, viene escogitata per contemperare l’esigenza *del caso concreto* (evitare che la norma trovi applicazione) con quella, di carattere sistematico, di lasciare “al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discreziona- lità”, è dunque la *sospensione* del giudizio *a quo*, con contestuale fissazione di “una nuova udienza di trattazione delle questioni, a undici mesi di distan- za”, in esito alla quale “avrebbe potuto essere valutata l’eventuale soprav- venienza di una legge regolatrice della materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela”.

#### **4. L’inerzia del Parlamento e l’esigenza indifferibile di ripristinare la legalità costituzionale: la sentenza n. 242 del 2019 e la *procedura per l’agevolazione al suicidio*.**

Giunti alla data fissata per la nuova udienza (24 settembre 2019) e preso atto della sostanziale inerzia del legislatore (§ 3), la Corte costituzionale ha ritenuto – nel motivare la sentenza n. 242 del 2019 – di non potersi ulterior- mente esimere “dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuove- re il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l’ordinanza n. 207 del 2018” (§ 4), non ravvisando un ostacolo nel fatto che, come da essa stessa rilevato nell’ordinanza, “la decisione di illegittimità costituzionale faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese”.

A tal fine, si osserva, “decorso un congruo periodo di tempo, l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità”, dal momento che – come già più volte accaduto in passato – “posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio” (§ 4); ciò al fine precipuo di “evi- tare che l’ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legit- timità costituzionale”, specialmente “negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fonda- mentali, incisi dalle scelte del legislatore” (sentenza n. 99 del 2019). All’uopo, viene richiamato l’orientamento tradizionale secondo cui “non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti” (sentenza n. 59 del 1958), arricchito dalle più recenti acquisizioni (il riferimento è alle sentenze n. 236 del 2016, n. 233 e 222 del 2018 e n. 40 del 2019) che conducono a ritenere che “ove i vuoti di disci- plina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (su-

scettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa)", la Corte "può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento «secco» della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento" (§ 4).

Sulla base di tali premesse, la Corte – per fronteggiare l'esigenza di rimuovere i *vulnera* costituzionali evitando al contempo vuoti di tutela per i valori protetti conseguenti a una declaratoria secca di illegittimità dell'art. 580 c.p. (e i segnalati rischi di abusi "per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità") – fa ricorso alla tecnica già sperimentata in passato su temi '*eticamente sensibili*', quali aborto (sentenza n. 27 del 1975) e fecondazione assistita (sentenze n. 96 e n. 229 del 2015): subordinare "la non punibilità dei fatti che venivano di volta in volta in rilievo al rispetto di specifiche cautele, volte a garantire – nelle more dell'intervento del legislatore – un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta" (§ 5).

Un utile "punto di riferimento già presente nel sistema", in attesa dell'intervento del Parlamento, è così individuato, ancora una volta, nella "disciplina racchiusa negli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017", tenuto conto del fatto che l'intervento del giudice delle leggi è circoscritto "in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge stessa: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una "procedura medicalizzata" estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo" (§ 5).

Proprio la *procedura* delineata nella legge n. 219 del 2017 appare la più idonea a fronteggiare le *esigenze di disciplina* già messe in luce nell'ordinanza n. 207. In particolare, sulla base della trama normativa dei primi due articoli di tale legge, vengono enucleate le "modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto", a partire dall'accertamento della capacità di autodeterminazione del paziente e del carattere libero e informato della scelta espressa.

Più nel dettaglio, provando a schematizzare, la richiesta di essere agevolati al suicidio da parte di una persona "capace di agire" dovrà essere: a) espressa nelle forme previste per il consenso informato e dunque "nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente"; b) documentata "in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare"; c) inserita nella cartella clinica, ferma restando ovviamente "la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà" (il che, con riguardo all'aiuto al suicidio, "è insito nel fatto stesso che l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale"; § 5).

Inquadrandosi la materia nell'ambito della relazione terapeutica, il medico, dal canto suo, dovrà: i) prospettare al paziente "le conseguenze di tale

decisione e le possibili alternative”; *ii*) promuovere “ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica”; *iii*) dare conto nella cartella clinica tanto “del carattere irreversibile della patologia”, quanto delle “sofferenze fisiche o psicologiche”, dal momento che “il promovimento delle azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore, presuppone una conoscenza accurata delle condizioni di sofferenza” (§ 5).

Particolare attenzione è riservata al coinvolgimento dell’interessato in un percorso di cure palliative; il riferimento immediato è a quanto previsto all’art. 2 della l. n. 219, e cioè all’esigenza che sia “sempre garantita al paziente un’appropriata terapia del dolore e l’erogazione delle cure palliative previste dalla l. n. 38 del 2010”, estensibile all’ipotesi che qui interessa, sul presupposto che “l’accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita” (§ 5).

Ancora, la verifica delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio è affidata, “in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore”, a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, cui spetterà vagliare anche “le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze” (§ 5).

L’importanza dei valori in gioco porta a richiedere, quale ulteriore requisito, “l’intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze”, idoneo a “garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità”; sempre nell’attesa delle scelte legislative, il compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti, già investiti di funzioni consultive “che involgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche” (§ 5).

Alquanto scarno, infine, il riferimento all’obiezione di coscienza del personale sanitario: ci si limita ad osservare come, con la declaratoria di illegittimità costituzionale, si escluda solo “la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici”, restando pertanto affidato “alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato (§ 6).

Più articolata la scansione degli effetti della pronuncia sul piano temporale (§ 7). Nessun dubbio che i requisiti procedurali individuati quali “condizioni per la non punibilità dell’aiuto al suicidio prestato a favore di persone che versino nelle situazioni indicate analiticamente” possano valere per i soli fatti successivi alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (avvenuta il 27 novembre scorso). Ammettendosi che le medesime condizioni procedurali “non possono essere richieste, tal quali, in rapporto ai fatti anteriormente commessi, come quello oggetto del giudizio *a quo*, che precede la stessa entrata in vigore della l. n. 219 del 2017” (per l’ovvia considerazione che “le con-



dizioni in parola non risulterebbero, in pratica, mai puntualmente soddisfatte”), si aggiunge opportunamente che, in siffatte evenienze, “la non punibilità dell’aiuto al suicidio rimarrà subordinata, in specie, al fatto che l’agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee, comunque sia, a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti” (§ 7).

Sarà quindi necessario che il giudice, nel caso concreto, accerti che “le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell’aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico” (§ 7); che “la volontà dell’interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni”; che “il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all’accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua” (§ 7).

Perimetrato il confine di liceità e fissate le procedure di garanzia, si perviene, nella conclusione, a dichiarare l’art. 580 c.p. costituzionalmente illegittimo, nei termini riportati in apertura, restando di conseguenza assorbite sia l’ulteriore questione sollevata in via principale per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., in riferimento agli artt. 2 e 8 C.e.d.u., sia le questioni subordinate attinenti alla misura della pena. La Corte si congeda quindi ribadendo “con vigore l’auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati” (§ 9).

## 5. La sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano.

Con il deposito, lo scorso 30 gennaio, delle motivazioni della sentenza di assoluzione, pronunciata dalla Corte di Assise di Milano all’esito dell’udienza dello scorso 23 dicembre 2019, si è definitivamente chiusa la vicenda processuale di Marco Cappato e, in termini più ampi, il caso relativo alla morte di Fabiano Antoniani. In estrema sintesi, la sentenza assolutoria muove, in via preliminare, da una duplice prospettiva: ripercorrere la trama del processo, riprendendo da dove era stato sospeso nel febbraio del 2018, da un lato; compendiare i passaggi salienti dell’ordinanza del 2018 e della sentenza del 2019, con particolare riferimento alla selezione delle condizioni di liceità dell’aiuto al suicidio, all’individuazione delle modalità di accertamento del ricorrere di tali condizioni e al peculiare regime individuato dalla Corte costituzionale per il caso per cui si procede, ancorato a fatti pregressi, dall’altro.

Alla luce di queste premesse, e dopo avere ripreso ampi stralci dell’ordinanza di rimessione per ribadire l’insussistenza di qualsivoglia forma di induzione al suicidio (non avendo in alcun modo l’imputato “inciso sul processo deliberativo di Fabiano Antoniani”; pp. 4-8), i giudici milanesi si soffermano sul profilo dell’agevolazione, onde accertare se la condotta di Cappato – che,



si riconosce, “nel dare attuazione alla volontà di Fabiano Antoniani, ha reso possibile il realizzarsi del suicidio” – “integri la violazione del precetto normativo”, così come ridelineato dopo l’intervento del giudice delle leggi.

Sul punto, vengono ancora una volta valorizzate le risultanze processuali già acquisite nella fase dibattimentale, vale a dire le testimonianze della madre, della fidanzata e di altre persone che avevano assistito Antoniani dopo l’incidente e le certificazioni mediche, confermate e illustrate dai sanitari che le avevano redatte (pp. 8-10).

La prognosi cui si perviene, all’esito di una circostanziata disamina delle condizioni oggettive e soggettive richieste (pp. 11-15), è coerente con quanto fatto trasparire dalla Corte costituzionale. E dunque: *da una parte*, “Marco Cappato ha aiutato Fabiano Antoniani a morire, come da lui scelto, solo dopo avere accertato che la sua decisione fosse stata autonoma e consapevole, che la sua patologia fosse grave e irreversibile e che gli fossero state prospettate correttamente le possibili alternative con modalità idonee e offrire garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle cui la Corte costituzionale ha subordinato l’esclusione dell’illiceità della condotta” (p. 10); *dall’altra*, i tre “requisiti procedurali necessari perché i giudici di merito possano ritenere la condotta contestata come rientrante nell’area di non punibilità dell’aiuto al suicidio”, così come indicati nella sentenza n. 242 del 2019, “sono stati verificati nel corso dell’istruttoria” (p. 15). La conclusione è allora che, “ricorrendo le quattro condizioni imposte dalla Corte costituzionale per escludere la punibilità della condotta di aiuto al suicidio prevista dall’art. 580 c.p. e avendo la Corte di Assise accertato che i tre requisiti ‘procedurali’ furono rispettati nella vicenda qui giudicata, anche la contestazione di agevolazione al suicidio non è punibile, rientrando in quella ‘circoscritta area di non conformità costituzionale’ della norma impugnata individuata dalla Corte costituzionale e non integrando pertanto la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 580 c.p. per come delimitata dalla citata pronuncia” (pp. 15-16).

A questo punto, “pur non ritenendo di svolgere sul punto una trattazione teorica che esulerebbe dai limiti della sentenza”, l’attenzione dei giudici si sofferma sulla formula assolutoria da adottare (p. 16). L’interesse trae spunto dalla constatazione di come la Corte costituzionale non abbia invero definito “in modo esplicito se l’area di non punibilità necessaria per escludere una sanzione penale per le condotte di aiuto al suicidio che presentano i requisiti più volte richiamati debba intendersi come riduzione dell’ambito oggettivo della fattispecie incriminatrice, riducendone la portata, ovvero se le circostanze definite nei quattro requisiti configurino una scriminante”. In buona sostanza, ci si chiede se l’intervento della Corte abbia inciso sulla tipicità della fattispecie incriminatrice, riducendo la portata oggettiva dell’art. 580 c.p., ovvero sulla sua antigiridicità, elisa qualora risultino rispettate le procedure di garanzia individuate al ricorrere delle peculiari condizioni, soggettive e oggettive, di chi richiede assistenza al suicidio.

La Corte di Assise ritiene che la sentenza n. 242 abbia ridotto “sotto il profilo oggettivo la fattispecie, escludendo che configuri reato la condotta di

agevolazione al suicidio che presenti le caratteristiche descritte”, individuando un “meccanismo di riduzione dell’area di sanzionabilità penale che non opera come scriminante ma incide sulla struttura oggettiva della fattispecie” (p. 16). Senonché, si legge a sorpresa subito dopo, “il discorso sugli effetti dell’intervento della Corte interessa più gli studiosi del diritto penale che pubblici ministeri, avvocati e giudici, perché l’affermazione di non punibilità è elemento che incide in ogni caso sul piano oggettivo anche con riguardo alle cause di giustificazione (ritenute dalla dottrina elementi negativi della fattispecie nel suo profilo oggettivo)”. Tanto ciò sarebbe vero, si prosegue, che “secondo l’orientamento tripartito della fattispecie penale, la formula assoluta da adottare anche in presenza di una scriminante è di insussistenza del fatto”; di conseguenza, si chiosa, “Marco Cappato va assolto con riferimento ad entrambe le condotte in addebito perché il fatto non sussiste” (p. 17).

## 6. Una lettura sistematica della ‘doppia pronuncia’: l’equilibrato bilanciamento e la ‘moderna’ *ratio* dell’art. 580 c.p.

Ricostruito il percorso, occorre muovere dalla necessaria ‘saldatura’ tra l’ordinanza del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019 e dall’esigenza di procedere a una lettura sistematica dei due provvedimenti, provando a riflettere su taluni scenari problematici che il completamento del percorso compiuto dai giudici schiude, sul duplice piano sostanziale e metodologico.

L’elemento centrale della ‘doppia pronuncia’ è rappresentato dall’equilibrato bilanciamento compiuto dalla Corte. Da un lato, infatti, si continua a valutare positivamente, quanto a meritevolezza del bene tutelato, l’art. 580 c.p., ribadendo in astratto la non incompatibilità dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio con la Costituzione e con le norme convenzionali; si contribuisce così – meritoriamente – a ridisegnare in termini più moderni e coerenti con l’impianto costituzionale la *ratio* della fattispecie, ancorata oggi – a prescindere dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930 – alla “tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio”, assolvendo “allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Con riferimento a quanto già ‘ritagliato’ nell’ordinanza n. 207 del 2018, D. PULITANÒ, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in *op. cit.*, p. 284 ss.; in senso analogo, alla luce della sentenza n. 242 del 2019, F. GIUNTA, *L’insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *Discrimen*, 25 novembre 2019, cit., p. 3, ad avviso del quale tuttavia “il problema generale – della liceità o meno del suicidio – resta sul tavolo e con esso la questione della costituzionalità delle condotte di aiuto in termini generali”, dal momento che “riconoscere che l’art. 580 c.p. non può più giustificarsi in nome dell’ideologia autoritaria che ne ha visto la nascita, non significa che la

Dall'altro, se ne giudica però in termini negativi la perdurante *applicabilità* a talune situazioni concrete, selezionando, mediante un chirurgico ritaglio del *petitum*, una *precisa area di non conformità costituzionale* della fattispecie, coincidente con la peculiare condizione della persona affetta da malattia incurabile e produttiva di gravi sofferenze, la quale, ancora pienamente capace, completamente informata e libera di scegliere, non può darsi legittimamente la morte (trovandosi nell'impossibilità di farlo autonomamente), se non attraverso la richiesta di interruzione dei trattamenti sanitari necessari alla sua sopravvivenza (con eventuale somministrazione di sedazione profonda); modalità, questa, che il malato non reputa tuttavia conforme alla propria visione della dignità nel morire<sup>11</sup>.

Si tratta, in fondo, di riconoscere la liceità – nelle ben individuate situazioni – dell'agevolazione di ipotesi suicidarie *distinte e distanti* rispetto a quelle prefigurate dal legislatore del 1930 (epoca nella quale, come si è detto, non erano immaginabili situazioni analoghe): come si è ben messo in evidenza, la fattispecie delineata nella 'doppia pronuncia' presuppone una richiesta di essere assistiti nel morire avanzata da "pazienti che si sono sottoposti talvolta per anni a trattamenti sanitari e terapie sperimentali motivati da un tenace impulso 'a vivere' anziché 'a morire'"; condizioni esistenziali, queste, "che risultano assolutamente disomogenee rispetto a quelle che contraddistinguono il suicidio indotto dal 'male dell'anima'"<sup>12</sup>. Assume particolare valore, in questa prospettiva, l'insistenza della Corte sulla necessità di potenziare e rendere effettivo, anche nell'ipotesi che interessa, l'accesso alle cure palliative, sul presupposto, difficilmente contestabile, che tali cure, ove idonee a eliminare la sofferenza, si prestino spesso "a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita" e possano rappresentare un efficace deterrente a scelte tragiche e ultimative.

nuova oggettività giuridica cui fa riferimento la Consulta – ossia la tutela dei soggetti deboli e vulnerabili – fughi ogni residua perplessità"; a ben vedere, si sostiene, "l'attuale configurazione dell'art. 580 c.p. non è la loro unica forma di tutela" e "anzi, sotto questo profilo, il capoverso della norma codicistica lascia a desiderare, perchè prende in considerazione, come limiti a favore della contigua fattispecie di omicidio, solo il minore di quattordici anni e la persona incapace di intendere e di volere" e "già in quella sede si potrebbe pretendere la tipizzazione di situazioni di debolezza emotiva ed esistenziale meno marcate".

<sup>11</sup> Sulle condizioni legittimanti la liceità dell'agevolazione al suicidio, si diffondono, con varietà di accenti, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la ricchezza di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *op. cit.*, 55 ss., e F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato". La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, *ivi*, 194 ss.

<sup>12</sup> S. CANESTRARI, *op. cit.*, 52 ss.

## 7. Il diritto alla piena dignità anche *nel morire*.

Il giudizio di costituzionalità ruota attorno al canone di uguaglianza/ragionevolezza<sup>13</sup> e soprattutto al parametro – pur non espressamente evocato nell'ordinanza di rimessione ma abbondantemente richiamato in motivazione dalla Corte costituzionale – dell'art. 32 Cost. e della libertà di autodeterminazione terapeutica<sup>14</sup>, integrato dal riferimento alla dignità della persona<sup>15</sup>.

In via preliminare, non può non notarsi come il riferimento alla dignità della persona appaia almeno in parte ridimensionato nella sentenza n. 242, con l'omissione di molti dei riferimenti presenti invece nell'ordinanza n. 207: il sospetto è che si sia voluto scongiurare un possibile cortocircuito tra la nozione *soggettiva* patrocinata in quest'ultima ordinanza e una lettura della dignità di matrice marcatamente *oggettiva*, enucleabile invece dal tenore della sentenza costituzionale n. 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione<sup>16</sup>.

A prescindere da ciò, nel percorso tratteggiato dalla Corte, allorché il malato, per interrompere le sofferenze e darsi la morte, è costretto ad attraversare uno stato di degradazione della persona, lesivo della propria dignità (da salvaguardare e tutelare a maggior ragione nella fase terminale della vita, ove si è ancora più vulnerabili e indifesi), il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. finisce per integrare una limitazione dell'autodeterminazione del malato stesso nella scelta delle terapie, comprese quelle appunto finalizzate a liberarlo dalle sofferenze e a condurlo *in via immediata* alla morte, e dunque una lesione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.; nell'indistinto divieto è ravvisata pure un'irragionevole disparità di trattamento fra malati incurabili che sono comunque in grado di togliersi la vita da soli e malati altrettanto incurabili che invece, impossibilitati a farlo, sono costretti a sottoporsi al

---

<sup>13</sup> Rivendica un approccio logico più che assiologico seguito dalla Corte, S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in *op. cit.*, 330 ss.; sul contenuto del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e sulla l. n. 219 del 2017 come *tertium comparationis*, in particolare, F. LAZZERI, *op. cit.*, 191 ss.

<sup>14</sup> Sul rapporto tra libertà di cura, rifiuto di trattamenti sanitari, anche se necessari per il mantenimento in vita, e intervento medico per porre fine alla vita, cfr. le considerazioni in chiave problematica di D. MORANA, *L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in *op. cit.*, 238 ss.

<sup>15</sup> Sul ruolo della dignità umana nel prisma delle scelte di fine vita, v. G. FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine-vita. Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, in *op. cit.*, 157 ss.

<sup>16</sup> Nella richiamata sentenza n. 141 del 2019, depositata il 7 giugno 2019, si legge infatti, al § 6.1 del *Considerato in diritto*, che deve ritenersi incontestabile, con riferimento alla finalità di tutela della dignità umana nella cornice della previsione dell'art. 41, comma 2, Cost., che "il concetto di dignità vada inteso in senso *oggettivo*: non si tratta, di certo, della dignità *soggettiva*, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore" (*corsivi aggiunti*). Di talché, si prosegue coerentemente, è "il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente".

percorso scaturente dall'interruzione del trattamento di sostegno vitale, con l'ulteriore sperequazione fra coloro ai quali l'interruzione assicura comunque una morte rapida e coloro ai quali innesca un drammatico decorso agonico.

Permane sullo sfondo il non semplice rapporto con l'art. 32, comma 2, Cost., riconosciuto quale cardine del diritto di rifiutare o interrompere *tutte e solo* le cure *sino al punto* di lasciarsi morire, e soprattutto con la non punibilità di colui che asseconi la volontà del paziente, che la l. n. 219 del 2017 continua a circoscrivere, per l'appunto, all'ambito della relazione terapeutica<sup>17</sup>; si tratta di indici che potrebbero rendere problematica l'estensione della copertura costituzionale dell'irresponsabilità penale al di fuori di tale ambito e oltre i limiti dell'interruzione di trattamenti medici.

Senonché, proprio nella prospettiva poc'anzi rimarcata riveste particolare significatività il riferimento operato dalla Corte a un *percorso di accertamento 'medicalizzato'* dei presupposti oggettivi (l'esistenza di una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psichiche intollerabili al paziente, che sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale) in presenza dei quali una persona possa richiedere l'assistenza nel morire. In buona sostanza, valorizzando il canone della dignità umana in termini di *tutela della qualità dell'esistenza* e di *libertà morale della persona* e contestualizzandolo nel perimetro della libertà di autodeterminazione terapeutica nella fase terminale della vita, anche la condotta medica volta a *facilitare il realizzarsi della morte* – ogniqualvolta la morte segni il passaggio finale inevitabile di una malattia che non abbia alcuna speranza di guarigione – può essere ricompresa nel prisma del rapporto medico/paziente<sup>18</sup>; la morte, in pratica, va trattata quale *esito alternativo* di una patologia allo stesso modo in cui, in altre circostanze, può esserlo la guarigione.

In siffatte evenienze, quando cioè il malato terminale non intenda subire ulteriori, inevitabili e non più tollerabili, sofferenze, fra i doveri del medico non vi è *la difesa del paziente da se stesso*, bensì, nell'ambito di un'alleanza terapeutica rimodellata in una accezione più ampia dei doveri desumibili dall'art. 32 Cost., la tutela del paziente dalle ulteriori sofferenze terminali, non più tollerabili e non corrispondenti alla sua idea di dignità. Si affievolisce la possibile antinomia rispetto alle finalità tradizionali della professione sanitaria: non si delinea un generico *provocare la morte*, ma una peculiare forma di

---

<sup>17</sup> Nella dimensione strettamente penalistica, il punto saliente della nuova legge è rappresentato dal comma 6 dell'art. 1, ove è sancita l'esenzione da responsabilità civile e penale del medico (ribadita all'art. 4 con riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento) in conseguenza dell'obbligo di rispettare la volontà espressa dal paziente; a ciò si accompagna, da un lato, l'inesigibilità, per il paziente, di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali e la precisazione che, "a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali" (comma 6) e, dall'altro, per il medico (e per i componenti dell'équipe sanitaria), l'obbligo di assicurare, nelle situazioni di emergenza o di urgenza, le cure necessarie, ove possibile nel rispetto della volontà del paziente (comma 7).

<sup>18</sup> L. RISICATO, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *op. cit.*, 290.

agevolazione del realizzarsi (con modalità soggettivamente più dignitose) di una morte comunque inevitabile di un paziente per il quale, nella fase terminale dell'esistenza, le sofferenze non sono più sopportabili.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte sembra dunque profilare una diversa – più rapida, meno sofferta, maggiormente corrispondente alla percezione soggettiva di dignità – modalità di esecuzione, in ben precise circostanze, del diritto costituzionale (già cristallizzato nella l. n. 219 del 2017 e prima ancora riconosciuto in sede giurisprudenziale) di lasciarsi morire interrompendo trattamenti vitali, non più dunque solo attraverso la sedazione profonda continua<sup>19</sup>; modalità, quest'ultima, peraltro connotata – come sottolinea la Corte costituzionale – da un tasso di *irrevocabilità*, visto che “la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso” (§ 2.3).

Depone in questo senso, come detto, l'aver enucleato, da parte dei giudici costituzionali, una verifica *medica* dei presupposti in presenza dei quali il malato possa richiedere l'assistenza nel morire (volontà ferma e patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche intollerabili al paziente, tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitali), e un processo *medicalizzato*, con la riserva *al solo personale del servizio sanitario nazionale* della somministrazione di tali trattamenti. Non meno decisivo il riferimento alla possibilità per il paziente, nell'ambito del rifiuto di cure, di “modificare la propria volontà”, cui si aggiunge il rilievo che ciò, nel caso specifico dell'aiuto al suicidio, “è insito nel fatto stesso che l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale”, con l'effetto di ribadire l'importanza di un *avvicinamento cosciente* alla fase terminale dell'esistenza.

In definitiva, si può ritenere che la Corte non abbia inteso legittimare un diritto di morire quanto valorizzare la massima declinazione dell'autonomia decisionale del paziente (richiamata proprio all'art. 1, comma 3 della l. n. 219 del 2017), in connessione alla tutela della dignità umana, della quale si rafforza lo spettro applicativo, esteso ora alla libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita e all'alveo dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente (non tan-

---

<sup>19</sup> L'ordinanza e la sentenza della Corte costituzionale possono essere lette quali momenti fondativi di un *diritto all'aiuto nel morire* (distinto dal diritto di morire invocato nell'ordinanza di rimessione), il cui pieno sviluppo è rimesso alla decisione legislativa, così come prospettato da M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, 14 ss. e *Id.*, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *op. cit.*, 117 ss.

to un *diritto a morire con dignità*, quanto piuttosto un diritto alla *piena dignità anche nel morire*)<sup>20</sup>.

Ciò appare confermato dalla recentissima presa di posizione del Consiglio nazionale della Federazione degli Ordini dei Medici (Fnomceo), che – nella seduta del 6 febbraio 2020 – ha aggiornato (pur senza modificare) l'art. 17 del codice deontologico, prevedendo che “la libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell'individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte Costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare”<sup>21</sup>.

Ricondurre – nei termini appena accennati – la quota di liceità dell'art. 580 c.p. (anche) alla precipua copertura dell'art. 32 Cost. (confermata dal doppio regime di efficacia intertemporale per non punire ipotesi che, come quella relativa alla condotta contestata a Cappato nel giudizio *a quo*, vi esolino) può altresì contribuire a mitigare i dubbi avanzati in merito a possibili discriminazioni correlate alla soluzione disegnata dalla Corte e relativi all'avere circoscritto il margine di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. – nella comparazione con l'art. 2 della l. n. 219 – alle sole ipotesi di malati che, come nel caso Antoniani, potrebbero *comunque* interrompere le terapie (attraverso rifiuto o interruzione di trattamenti vitali), a differenza di malati altrettanto gravemente sofferenti che, pur versando nelle medesime situazioni soggettive, siano affetti da patologie che non richiedono trattamenti sanitari salvavita suscettibili di essere interrotti (e dunque, in una prospettiva ‘riduzionista’, ad arginare il pericolo di ‘chine scivolose’)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> In senso critico, L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *op. cit.*, 140 ss.

<sup>21</sup> Si è scelto, in buona sostanza, di allineare anche la punibilità disciplinare a quella penale in modo da lasciare libertà ai medici di agire secondo la legge e la loro coscienza, fermi restando fermi i principi dell'art. 17 del codice deontologico – secondo i quali il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte. In pratica, i Consigli di disciplina saranno chiamati a valutare ogni caso nello specifico, per accertare che ricorrano tutte le condizioni previste dalla sentenza della Corte costituzionale, al cui cospetto il medico non sarà punibile dal punto di vista disciplinare. Nelle intenzioni manifestate dalla Federazione, si è ritenuto per tale via di contemperare l'esigenza di tutela della libertà di coscienza del medico con il principio di autodeterminazione del paziente, garantendo, al contempo, l'autonomia degli Ordini territoriali nei procedimenti disciplinari, correlandoli con la perfetta aderenza ai dettami costituzionali.

<sup>22</sup> I dubbi sono esposti con grande precisione da S. CANESTRARI, *op. cit.*, 55 ss.



## 8. I nodi: il servizio sanitario nazionale, i comitati etici territoriali e l'obiezione di coscienza.

Quanto alle condizioni di liceità dell'agevolazione al suicidio, va ricordato come la Corte abbia richiesto – in attesa di una differente declinazione da parte del legislatore – la verifica delle condizioni liceizzanti l'agevolazione al suicidio e delle modalità di esecuzione ad opera di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, accompagnata da un parere del comitato etico territorialmente competente. La duplice esigenza sottesa alle prescrizioni è quella, manifestata a chiare lettere, di sottoporre a scrupolosa verifica le condizioni e le modalità di esecuzione, così “da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze”.

Ovviamente, l'esigenza di un presidio rafforzato di garanzia non può non essere condivisa. Purtroppo, su tale profilo residuano perplessità: da un lato, in merito ai compiti, al ruolo e alle prospettive del servizio sanitario nazionale e alla sua reale capacità di ‘assorbire’ e fronteggiare, sul piano organizzativo, un tale compito, al contempo gravoso e ‘scottante’, soprattutto – come si vedrà – in mancanza di alcun obbligo in capo al personale medico (*chi si assumerà tale onere, in concreto, nella struttura?*); dall'altro, in rapporto all'effettiva idoneità del comitato etico territorialmente competente ad assumere il ruolo di “organo collegiale terzo munito delle adeguate competenze”, che possa davvero “garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità” (per la *composizione*, non sempre tale da assicurare competenze idonee a vagliare i requisiti richiesti, di matrice clinica e non etica; per il rischio di *diformità* di approccio e di soluzioni e conseguenti possibili disparità di trattamento fra diversi comitati; per la non meglio precisata *caratura* del parere espresso, vincolante o no).

Inoltre, come si ricorderà, nell'ordinanza n. 207 la Corte aveva ‘suggerito’ al legislatore la necessità di contemplare (colmando l'attuale lacuna della l. n. 219 del 2017) una regolamentazione dell'obiezione di coscienza del *personale sanitario* coinvolto nella procedura di agevolazione al suicidio in presenza delle più volte ricordate circostanze. Nella sentenza, il punto, invero centrale, è sbrigativamente risolto attraverso la precisazione che, esclusa la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, alcun obbligo è creato in capo al singolo medico, affidandosi alla sua coscienza la scelta “se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato”.

Orbene, se si reputa legittimo assecondare, nelle ristrette ipotesi selezionate, la libertà di autodeterminazione del malato di essere aiutato a porre fine alle proprie insostenibili sofferenze in modo più dignitoso, purché ci si allinei alle garanzie procedurali richieste per il rifiuto o l'interruzione di cure vitali e all'interno di un percorso medicalizzato, come può tale assunto conciliarsi con l'assenza del *diritto di ottenere* tale agevolazione quantomeno *da parte di un medico all'interno della struttura sanitaria pubblica deputata*? In altri termini, al riconoscimento – nelle ipotesi considerate – di un diritto del malato



ad essere agevolato nel morire, *condizionato però nei modi e nelle forme al necessario coinvolgimento del servizio sanitario nazionale*, dovrebbe fare da *pendant* un corrispondente *obbligo* di assicurare questa prestazione in capo alla struttura sanitaria interessata; il che dovrebbe implicare, come ulteriore corollario, un'organizzazione interna che, nel rispetto di possibili obiezioni di coscienza, riesca a garantire che vi sia almeno un medico pronto a darvi attuazione.

Il dubbio è che, altrimenti, l'importanza del passo avanti compiuto dalla Corte si arresti allo stadio del mero riconoscimento 'formale' di un diritto, reso tuttavia *ineffettivo* poiché non azionabile in concreto e rimesso alla volontà e alla coscienza del singolo medico operante nel servizio sanitario nazionale.

## 9. Spunti sul metodo.

Una ulteriore peculiarità della vicenda è certamente rappresentata dalla modulazione degli effetti temporali della pronuncia; scomponendo il dispositivo, nella sentenza n. 242 si può addirittura cogliere una doppia incostituzionalità dell'art. 580 c.p., avente come spartiacque la data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e riferita alla non esclusione della punibilità: *per il futuro*, delle sole condotte di agevolazione del proposito suicidario successive a tale momento, pienamente rispettose di tutte le condizioni e le modalità esecutive, consultive e di verifica, dettate dalla Corte (qui il compito del giudice è di semplice verifica del rispetto della procedura); *per il passato*, di quei fatti (come quello da cui la vicenda è sorta) che, pur non rientrando nelle maglie procedurali imposte dalla pronuncia, siano tuttavia connotati dall'essere stata prestata l'agevolazione "con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti"; in questo caso - diversamente dai molti precedenti nei quali si è delegata al giudice ogni valutazione in merito agli effetti delle proprie decisioni -, l'accertamento in concreto sarà incanalato nei binari già segnati dalla pronuncia, dovendo esclusivamente vertere sulle "garanzie sostanzialmente equivalenti" tassativamente elencate, e cioè: *i)* sulla verifica in ambito medico delle condizioni del richiedente; *ii)* sulla volontà manifestata in modo chiaro e univoco; *iii)* sull'adeguata informazione del paziente in merito alle sue condizioni e alle soluzioni alternative (*in primis*, le cure palliative).

Di certo, va chiarito, modalità e garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle procedurali enucleate dai giudici costituzionali non potranno valere per i fatti *successivi* alla pubblicazione della pronuncia. Semplificando: un nuovo caso Antoniani/Cappato, negli stessi termini fattuali, non sarebbe (più) non punibile.

Restando sul piano metodologico, molto si è discusso, nell'anno trascorso tra la prima e la seconda pronuncia, anche in merito alla tecnica decisoria adottata dalla Corte: un'articolata ordinanza di rinvio, con contestuale fissazione dell'udienza pubblica nella quale proseguire la trattazione e conse-

guente *messa in mora* del Parlamento, invitato a rimuovere entro quella data il ravvisato *vulnus* costituzionale.

L'originale scelta compiuta all'epoca, che palesava – al di là delle perplessità maturate nella dottrina costituzionalistica<sup>23</sup> – notevole sensibilità nei confronti delle esigenze di tutela dei diritti individuali e massima attenzione al rispetto delle prerogative costituzionali e ai rapporti fra poteri dello Stato, ha trovato poi conferma e consacrazione definitiva nella sentenza n. 242 del 2019, nella quale ci si è fatti carico di quei rischi di abuso e strumentalizzazione di carattere patrimoniale ai quali una (pur parziale) declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., in assenza di una regolamentazione normativa, avrebbe esposto gli stessi soggetti deboli e vulnerabili che si intendeva tutelare.

Per fare ciò, il limite che la Corte ha dovuto superare – e nel § 4 del *Considerato in diritto*, nel delineare le coordinate metodologiche che giustificano l'intervento, se ne dà compiutamente conto – è stato quello della mancanza, nel caso di specie, delle c.d. 'rime obbligate'. Ciò nonostante, il protrarsi del tempo e l'esigenza di garantire, al cospetto dell'inerzia del Parlamento, la legalità costituzionale – da considerare prevalente “su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia” – hanno determinato la Corte a intervenire (peraltro *in bonam partem*), nella maturata consapevolezza (in ragione di una tendenza sempre più frequente, anche in materia penale<sup>24</sup>) di non potersi limitare, “ove i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta (...) in una menomata protezione di diritti fondamentali”, a un “annullamento «secco» della norma incostituzionale”, dovendosi invece spingere a ricavare “dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento”. In questa prospettiva, i precedenti 'limitrofi' cui attingere non sono mancati; sono stati rievocati casi che hanno interessato campi di materie 'eticamente sensibili' (la sentenza n. 75 del 1975 sull'aborto e le sentenze n. 96 e n. 229 in tema di procreazione medicalmente assistita) e nei quali “la non punibilità dei fatti che venivano di volta in volta in rilievo” è stata subordinata “al rispetto di specifiche cautele volte a

---

<sup>23</sup> Si rinvia, per tutti, a F.S. MARINI, *L'ordinanza “Cappato”: la decisione di accoglimento parziale nelle forme dell'ordinanza di rinvio*, in *op. cit.*, 205 ss.

<sup>24</sup> Sul superamento del limite delle 'rime obbligate' anche in materia penale, nella dottrina costituzionalistica, cfr., da ultimo, A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 145 ss.; nella letteratura penalistica, un'ampia e aggiornata rassegna critica delle decisioni in materia penale in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019; ancor più di recente, muovendo da una più circoscritta questione, cfr. le riflessioni (e l'invito alla prudenza) di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 967 ss.

garantire - nelle more dell'intervento del legislatore - un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta" (§ 5).

Altrettanto agevole è stato rinvenire nei primi due articoli della l. n. 219 del 2017 un "preciso punto di riferimento già presente nel sistema, utilizzabile ai fini considerati, nelle more dell'intervento del Parlamento"; più in particolare, riferendosi la declaratoria di incostituzionalità "in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata", si è individuata, inserendo tale disposizione "nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo", una "procedura medicalizzata estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo", che "si presta a dare risposta a buona parte delle esigenze di disciplina poste in evidenza nell'ordinanza n. 207 del 2018".

A questo punto, dinanzi alla prospettiva di una scelta 'minimale', in nome della quale limitarsi a garantire l'*accertabilità* in concreto delle quattro condizioni del paziente sulla base di quanto previsto nella legge n. 219 del 2017, la Corte non si è accontentata, *andando più a fondo*. Non è stata così semplicemente riproposta la procedura di cui alla legge 'di comparazione', ma se ne è ampliata, per via giurisprudenziale, la portata, aggiungendovi il riferimento al ruolo del servizio sanitario nazionale e dei comitati etici.

Ci si è quindi trovati di fronte a una sentenza che sembra qualificabile, alternativamente, come *ablativa parziale* - nella quale, cioè, prevale l'individuazione delle situazioni da sottrarre alla sfera applicativa dell'art. 580 c.p., pur se accompagnata dall'aggiunta di ulteriori requisiti, destinati a ridurre le criticità ravvisate nell'ordinanza - o come *additiva di regola* - connotata dall'introduzione di una causa di non punibilità o di una scriminante (c.d. procedurale), collegata al rispetto di determinate condizioni -.

Se, come si è accennato, la sentenza della Corte di Assise di Milano ha chiuso - con un esito assolutorio che appariva francamente scontato - la vicenda processuale di Marco Cappato, sono rimaste tuttavia sul tappeto numerose e non agevoli questioni, a partire proprio dall'esatto inquadramento dell'intervento della Corte costituzionale sino alle immutate esigenze di un intervento legislativo diretto a dettagliare il perimetro di liceità dell'assistenza al suicidio. I due profili, a dire il vero, si intrecciano e l'esigenza di un chiarimento definitivo è plasticamente dimostrata proprio dalla lettura di alcuni passi del provvedimento dei giudici milanesi.

Nella prima parte della pronuncia di fine gennaio, infatti, ci si è condivisibilmente spesi nell'opera di *declinazione nel caso concreto* del *dictum* della Corte costituzionale, sottoponendo alla prova delle risultanze dibattimentali la verifica della sussistenza delle condizioni e delle modalità idonee a offrire *garanzie sostanzialmente equivalenti* a quelle delineate nella sentenza n. 242 del 2019; tuttavia, nelle conclusioni, allorché ci si è soffermati sulla scelta della formula assolutoria, si è riproposta, in tutta la sua problematicità, la *querelle* sulla più idonea chiave di lettura dell'intervento dei giudici

costituzionali sull'art. 580 c.p. nei termini poc'anzi richiamati. Ebbene, nell'alternativa tra *ablattiva parziale* e *addittiva di regola (o di meccanismo)*, la Corte di Assise ha optato, in maniera piuttosto sbrigativa, per la prima ipotesi, ravvisando una riduzione del profilo oggettivo della fattispecie e ha dunque assolto Cappato "*perché il fatto non sussiste*", ritenendo in sostanza la sua condotta atipica, per la (ravvisata) presenza di un diritto a farlo. In tutt'altra direzione, a ben vedere, pare essersi invece mossa la Corte costituzionale, la quale, interessandosi delle ricadute pratiche della declaratoria nell'ambito del giudizio *a quo* (oltre che dei fatti commessi anteriormente alla pubblicazione) ed esplicitando una disciplina *ad hoc* per le ipotesi pregresse (così da consentire anche rispetto ad esse la non punibilità), sembra fare riferimento a vere e proprie *condizioni procedurali* (sottolineando la necessità di "verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio"), lasciando trasparire la preferenza per una soluzione in termini di scriminante (procedurale, per l'appunto)<sup>25</sup>.

In assenza di una parola definitiva, ciò che appare incontestabile è che, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di Assise, lo sforzo di addivenire a un esatto inquadramento della soluzione prescelta dai giudici costituzionali non può dirsi privo di risvolti pratici e la questione non sembra interessare esclusivamente gli studiosi del diritto penale ma anche, inevitabilmente, pubblici ministeri, giudici e avvocati: non può sfuggire, infatti, come solo spostandosi sul versante dell'esclusione della tipicità si potrà addivenire a un proscioglimento "*perché il fatto non sussiste*" e come, di contro, optando per una soluzione in termini di scriminante (accedendo a una teoria tripartita o quadripartita del reato), la formula assolutoria di cui all'art. 530 c.p.p. non potrà non essere "*il fatto non costituisce reato*", difettando, a fronte della configurabilità del fatto tipico, l'elemento dell'antigiuridicità. E ancora, unicamente abbracciando una concezione bipartita del reato (e non già tripartita, come si legge nelle ultime battute della pronuncia della Corte di Assise), per la quale la causa di giustificazione rappresenta un *elemento negativo del fatto*, il giudice potrà invocare la più ampia formula perché "*il fatto non sussiste*"<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Per un inquadramento sistematico del concetto di giustificazione procedurale, con appropriati riferimenti al vuoto di tutela nella formulazione attuale dell'art. 580 c.p., si rinvia, per tutti, all'ampio lavoro di A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018. Significativamente, in precedenza, M. Donini, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1646 ss. e M. Romano, *Cause di giustificazioni procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, ivi, 2007, 1269 ss.; con specifico riferimento al caso Cappato e al percorso delineato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, cfr. altresì M. Donini, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, in *op. cit.*, 128 ss.; A. Sessa, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, ivi, 343 ss.

<sup>26</sup> Sul rilievo delle formule di proscioglimento, e sulla loro configurazione attuale anche in rap-

## 10. Quali scenari?

L'inevitabile residuare di significative incertezze conferma, nonostante l'apprezzabile sforzo compiuto dalla Corte costituzionale, l'indifferibilità di un intervento del legislatore, chiamato a portare a compimento, nell'esercizio della sua discrezionalità, il percorso aperto dai giudici.

A prescindere dall'inquadramento teorico della sentenza, non va dimenticato come la decisione assunta lo scorso anno di rinviare la trattazione (o meglio, guardando alla sostanza, di differire la declaratoria della ravvisata illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 580 c.p.), sia stata mossa dal proposito di consentire al Parlamento, in nome dell'invocato "spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale", l'esercizio delle proprie prerogative. Già all'epoca, dettando le coordinate di razionalità dell'auspicato intervento legislativo, cui nella sentenza n. 242 è stata data ulteriore concretezza, la Corte ha intrapreso una preziosa opera di bilanciamento di interessi e beni contrapposti (*autodeterminazione individuale* da una parte e *protezione della vita* dall'altra) che, in ogni caso, oggi il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, è chiamato a completare; è questo, al di là del tono laconico utilizzato, il significato dell'auspicio conclusivo contenuto nella sentenza n. 242 del 2019 a che "la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente annunciati".

Tralasciando per il momento le critiche avanzate da chi, cogliendo nella sentenza n. 242 un pericoloso sconfinamento, avanza scenari di rimediazione (in senso restrittivo) dei rapporti tra giudici costituzionali e legislatore<sup>27</sup>, la conclusione del caso Cappato delinea una nuova opportunità per il Parlamento, risollecitato – ma in parte pure *aiutato* – dalla Corte ad assumersi la responsabilità di restituire adeguata tutela alla dignità umana nella più drammatica e delicata fase della vita, quella terminale.

Non è agevole, a questo punto, azzardare previsioni. Se, in generale, l'esperienza dell'anno trascorso invano dopo l'ordinanza del 2018 (in cui il Parlamento *ha deciso di non decidere*) non induce all'ottimismo, non mancano tuttavia segnali nuovi, che potrebbero invece lasciare ben sperare, a partire dal cambiamento della maggioranza governativa, che ha oggi assunto una composizione sostanzialmente analoga a quella che, seppure trasversalmente, aveva approvato, alla fine del mese di dicembre del 2017, la l. n. 219<sup>28</sup>.

porto alle opzioni della dogmatica penalistica, cfr., per tutti, M. DANIELE, voce *Proscioglimento (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Milano, 2008, 894 ss.; F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014, *passim* e spec. 175 ss.

<sup>27</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*

<sup>28</sup> Nella medesima prospettiva evidenziata nel testo, va segnalata la presentazione, al Senato, di un disegno di legge di iniziativa dei Senatori Cirinnà, Cerno, De Petris, Mantero, Nencini, Nugnes e Rampi (A.S. 1494), comunicato alla Presidenza il 17 settembre 2019 e recante "Modifiche all'art. 580 del codice penale e alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di aiuto medico a morire e

Immaginando allora, con buona dose di (eccessivo?) ottimismo, una ripresa del cammino parlamentare sul tema, non si potrà che muovere dal contributo offerto dalla Corte costituzionale, a partire dalle stesse condizioni in presenza delle quali è divenuta lecita l'assistenza al suicidio e dal loro grado di vincolatività. In quest'ottica, non si potrà non prendere in esame – pur potendosene limare talune incongruenze – il ruolo di verifica del servizio sanitario nazionale e quello, consultivo, di un organo collegiale terzo (non necessariamente coincidente con i comitati etici territorialmente competenti scelti dalla Corte, per le ragioni sopra esposte), quantomeno come base di partenza per individuare analoghe, seppur diverse, garanzie.

Sul fronte penalistico, si dovrà riflettere sulla 'soluzione tecnica' da prediligere per concretizzare l'esigenza di adeguamento costituzionale: *esclusione della tipicità* (come ritenuto dalla Corte di Assise di Milano) ovvero, come pare preferibile, *scriminante procedurale*? Nel primo caso, intervenendo direttamente sull'art. 580 c.p.; nel secondo, coerentemente col percorso argomentativo seguito dalla Corte, operando nel corpo della l. n. 219 del 2017 (in particolare sull'art. 2): ciò che è certo è che, in entrambi i casi, occorrerà meglio tipizzare condizioni e presupposti di liceità e individuare adeguati rimedi per scongiurare eccessi di burocratizzazione che possano spersonalizzare e ridurre a mere formalità le procedure da seguire per legittimare agevolazioni al suicidio.

In tale contesto, oltre a garantire un effettivo potenziamento del sistema di cure palliative, non si potrà non affrontare il tema dei '*casi analoghi ma dissimili*' rispetto a quelli chirurgicamente sottratti dalla Corte costituzionale

*tutela della dignità nella fase finale della vita*", che si propone di affrontare e risolvere le questioni più rilevanti poste dalla Corte costituzionale. In estrema sintesi: a) si interviene sulla formulazione del primo comma dell'art. 580 c.p., differenziando le pene comminate per le due diverse fattispecie di istigazione e aiuto al suicidio; b) si modifica l'art. 2 della l. n. 219 del 2017, consentendo, su richiesta del paziente, la somministrazione, nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, sia presso strutture sanitarie che a domicilio del paziente, di un farmaco atto a provocarne rapidamente e senza dolore la morte nei casi individuati dalla Corte costituzionale, con tuttavia l'esclusione, tra le condizioni che giustificano la richiesta di aiuto medico a morire, dell'essere il paziente "tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale"; tale condizione non viene riprodotta per includere nella disciplina dell'aiuto medico a morire anche quei pazienti che, sebbene non tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale (come ad esempio la ventilazione artificiale), siano comunque affetti da patologie gravi e irreversibili, fonte di sofferenze fisiche o psichiche intollerabili; c) si introduce una specifica causa di non punibilità, formulata in termini tali da coprire il più largo novero di ipotesi – includendo non solo l'art. 580 c.p., ma anche i delitti di cui agli artt. 575, 579 e 593 c.p. – ed in modo tale da valere anche per il passato.

Sull'evanescente percorso parlamentare che ha poi condotto alla sentenza costituzionale n. 242 del 2019, si rinvia ad A. MASSARO, *Scelte di fine vita: uno spazio sempre meno libero dal diritto?*, in *op. cit.*, 222 ss.; M. NADDEO, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019; F.P. BISCEGLIA, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, ivi, 13 marzo 2019, nonché, volendo, a C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019.

le alla punibilità ex art. 580 c.p.; fra questi, ci si interroga proprio in questi giorni se possa rientrare anche l'ipotesi di chi – come Davide Trentini (la cui udienza, calendarizzata per il 5 febbraio, è stata rinviata al prossimo 18 marzo 2020) – versi in condizioni di malattia grave e irreversibile (sovrapponibili a quelle di Antoniani), ma *non sia tenuto in vita* da trattamenti di sostegno vitale (come il respiratore artificiale).

In conclusione, il nostro, di auspicio, torna a essere quello che il legislatore sappia stavolta assumersi le proprie responsabilità e, vincendo la tentazione di tergiversare ulteriormente accontentandosi della decisione dei giudici costituzionali, superi la ritrosia sin qui mostrata nell'affrontare una questione tanto fondamentale quanto percepita, a livello politico, come *elettoralmente non redditizia*.





# IL NODO DELLA “STABILE MESSA A LIBRO PAGA DELL’AGENTE PUBBLICO” IN TEMA DI CORRUZIONE\*

**Marco Gambardella**

**Sommario:** **1.** La corruzione per l’esercizio della funzione e la scomparsa dell’atto. - **2.** La relazione cronologica tra la corruzione funzionale la previgente corruzione impropria e la corruzione propria. - **3.** Il contrasto di giurisprudenza sui rapporti tra corruzione funzionale e corruzione propria. - **4.** La legge spazzacorrotti e il mancato ripensamento del sottosistema della corruzione. - **5.** Concentrare anziché frammentare. Una proposta alternativa a quella delle recenti leggi anticorruzione: costruire un’unica ipotesi di corruzione.

## ABSTRACT

*A seguito della legge n. 190 del 2012, si è posta la questione se le ipotesi di c.d. “stabile messa a libro paga dell’agente pubblico” debbano essere ricondotte alla riformulata previsione criminosa della corruzione per l’esercizio della funzione ex art. 318 c.p. (figura svincolata dal riferimento a uno specifico atto d’ufficio e tuttora meno grave), o si debbano continuare a punire questi casi tramite la più grave fattispecie di corruzione propria (art. 319 c.p.). L’autore, dopo aver esaminato le diverse posizioni al riguardo, formula una proposta alternativa a quella delle recenti leggi anticorruzione: nel senso di costruire un’unica ipotesi di corruzione.*

*Following the law n. 190 of 2012, the question arose whether the hypotheses of the so-called “stable public payroll entry” must be traced back to the reformulated incrimination of corruption for the exercise of the function pursuant to art. 318 of the Italian Criminal Code (figure released from the reference to a specific deed and still less serious), or these cases must continue to be punished through the most serious case of own corruption (art. 319 of the Criminal Code). The author, after examining the various positions in this regard, formulates an alternative proposal to that of the recent anti-corruption laws: in the sense of building a single hypothesis of corruption.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. La corruzione per l’esercizio della funzione e la scomparsa dell’atto.

Come sappiamo, a distanza di circa venticinque anni dalle inchieste di “Mani pulite”, una profonda e organica riforma del microsystema normativo della corruzione/concussione – volta a un più efficace contrasto e prevenzione all’illegalità e il malaffare nell’attività dell’amministrazione pubblica – è stata posta in essere con la legge “Severino” n. 190 del 2012. La riforma del 2012 ha avuto nuovo impulso: prima tramite la successiva novella anticorruzione del 2015 (l. n. 69 del 2015), poi con la riforma del codice antimafia del 2017 e infine per mezzo della l. c.d. spazzacorrotti del 2019.

Con la legge n. 190 del 2012 si è riformulato il delitto di cui all’art. 318 c.p., sostituito dalla figura della corruzione per l’esercizio della funzione, ipotesi svincolata dal riferimento a uno specifico atto d’ufficio e nella quale sono ormai indistinte le forme antecedente e susseguente.

Nella nuova configurazione del sottosistema dei delitti di corruzione, il legislatore ha così abbandonato il “modello mercantile” in favore del “modello clientelare”. Modello mercantile che consiste nell’accordo tra le parti contraenti, una pubblica e l’altra privata, avente ad oggetto la compravendita illecita di un atto amministrativo (inteso in senso ampio) sul quale poggiava sino al 2012 la divaricazione tra corruzione impropria (atto d’ufficio legittimo: art. 318 c.p.) e propria (atto contrario ai doveri d’ufficio: art. 319 c.p.).

La direttrice percorsa dal legislatore del 2012 è dunque costituita dal distacco dall’esclusivo “modello mercantile” della corruzione basato sulla compravendita dell’atto d’ufficio, schema al quale la tradizione giuridica italiana era saldamente ancorata. Si è giunti oggi a prendere in considerazione anche il “modello clientelare” della corruzione, che si radica nella semplice infedeltà del pubblico agente e postula pertanto l’esclusione del momento sinallagmatico tra la dazione (o promessa) e uno specifico atto d’ufficio<sup>1</sup>.

L’abbandono del requisito dell’atto ha provocato un vero e proprio mutamento di paradigma: tramite il distacco dalla “concezione mercantile” il richiamo non è più al singolo atto (o anche ad una pluralità determinabile di atti), ma più genericamente all’esercizio della funzione, col superamento dell’ancoraggio della corruzione ad uno specifico atto quale oggetto di merimonio<sup>2</sup>.

Si tratta di ipotesi in cui vi è la mera accettazione di utilità da parte dell’agente pubblico in relazione all’esercizio delle sue funzioni o poteri, attività riconducibile perciò ad uno schema corruttivo di tipo “clientelare”. Il contenuto offensivo è qui incentrato essenzialmente sul patto e il pericolo per il

---

<sup>1</sup> Sulle due diverse concezioni: mercantile e clientelare della corruzione, cfr. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, Giuffrè, 2003, 20 ss., 564 ss.

<sup>2</sup> Cfr. M. GAMBARELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Cap. 16, Giappichelli, 2020.

corretto funzionamento della pubblica amministrazione è solamente eventuale. L'oggetto del *pactum sceleris* non è precisamente determinabile.

La nuova corruzione per “messa a libro paga dell'agente pubblico” ovvero per “asservimento della funzione” sanziona gli accordi tra privato e soggetto pubblico, allorché la dazione o la promessa siano finalizzati al compimento di generici servizi da parte di quest'ultimo a favore del primo; quando cioè il pubblico funzionario, dietro compenso, si impegna a porsi o a restare a disposizione del privato per presenti o future necessità di varia natura<sup>3</sup>.

Ebbene, a livello di codice penale, il legislatore ha tentato di conseguire gli obiettivi della “prevenzione” e “repressione” della corruzione indicati espressamente dalla “legge anticorruzione” n. 190 del novembre 2012, sostituendo integralmente il previgente art. 318 c.p. con una nuova disposizione, intitolata “corruzione per l'esercizio della funzione” (art. 1, comma 75, lett. f), l. n. 190 del 2012)<sup>4</sup>.

In sostanza, si è omologata alla figura della corruzione per atto conforme ai doveri d'ufficio quella della corruzione per “mero asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato” ovvero quella della “messa a libro paga”: assemblando in un nuovo enunciato legislativo le previgenti classi di fattispecie con quelle nuove relative ai casi in cui il pubblico ufficiale si pone a disposizione del corruttore in violazione dei doveri di imparzialità, onestà e vigilanza che in virtù della legge incombono su di lui.

Si è rotta dunque la simmetria sulla quale era stato costruito il minisistema codicistico dei delitti di corruzione: il riferimento binario all'atto d'ufficio legittimo nella corruzione impropria (art. 318 c.p.) e illegittimo nella corruzione propria (art. 319 c.p.)<sup>5</sup>.

La scelta di prescindere dal riferimento specifico all'atto è stata giustificata, in primo luogo, in ragione dell'ormai acquisita consapevolezza «del processo di progressiva “smaterializzazione” dell'elemento dell'atto d'ufficio». E soprattutto poi con la necessità di ricostruire in maniera maggiormente precisa i confini tra le diverse figure di corruzione: la corruzione propria, ancorata tutt'oggi in modo espresso all'adozione di un atto amministrativo illegittimo; la nuova corruzione per l'esercizio della funzione che prescinde dal riferimento a un atto dell'ufficio, che tuttavia mantiene il rapporto di corri-

<sup>3</sup> In tal senso, espressamente, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, artt. 314-335-bis*, Giuffrè, 2019, 208 ss.

<sup>4</sup> Cfr. M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in C.F. GROSSO-M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2015, 284 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Cedam, 2013, 653 ss. Segnala che si tratta di una fattispecie espressiva di una “logica di autore”, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1138 ss.

<sup>5</sup> Cfr. F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, 2013, 406 ss.; M. RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, fasc. 1, 47 ss.

spettività riferito adesso all’esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente<sup>6</sup>.

Ora, l’indispensabile presenza dell’atto d’ufficio in tutte le ipotesi di corruzione ha costituito nel recente passato uno degli aspetti più problematici del rapporto tra il “modello mercantile”, su cui è stata fondata la tutela penale nel codice Rocco, e le trasformazioni empirico-criminologiche subite negli ultimi decenni dal fenomeno corruttivo.

Il requisito dell’atto d’ufficio nella configurazione delle diverse figure di corruzione presenti nel nostro codice penale ha reso poco agevole e talvolta incerto nel recente passato l’utilizzo dello strumento criminale nei confronti delle ipotesi di cosiddetta corruzione “sistemica”; fenomenologia criminosa che prescinde appunto dalla compravendita di un atto d’ufficio. Siffatte vicende dunque hanno luogo allorché la tangente sia pagata in relazione all’esercizio della funzione dell’agente pubblico e non per uno specifico atto d’ufficio, come nel caso in cui quest’ultimo sia messo a libro paga dal privato corruttore<sup>7</sup>.

Si è trattato quindi di ripensare i delitti di corruzione sulla scorta della realtà criminologica ultimamente emersa: la tendenza dei fatti di corruzione a diventare “sistemici”; fatti penalmente illeciti volti, cioè, non solo a diffondersi capillarmente e in modo diffuso all’interno dell’azione dei pubblici poteri (“la corruzione regolarizzata e istituzionalizzata”), ma in grado di istituire una relazione stabile nel tempo di interdipendenza d’interesse fra privati e funzionari pubblici e politici, anche attraverso la creazione di reti di complicità fra corruttori, corrotti ed eventuali terzi intermediari<sup>8</sup>.

La corruzione sistemica produce inoltre ricadute negative di lungo periodo che certo non compaiono fra le poste di bilancio, ma alimenta sfiducia e insoddisfazione verso le istituzioni, premia gli imprenditori *intraneei* al potere, scoraggia gli investimenti produttivi, distorce la competizione a vantaggio dei partecipi agli accordi corruttivi. Trova così conferma l’ampiezza del “differenziale etico” che sembra ormai separare l’Italia dalla maggior parte dei Paesi occidentali<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Così P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8.

<sup>7</sup> In tal senso, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Giappichelli, 2012, 104 ss.; M. PELISSERO, *op. cit.*, 247 ss.

<sup>8</sup> Cfr. A. SPENA, *Il «turpe mercato»*, cit., 578 ss.; G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in AA.VV., *Il prezzo della tangente*, a cura di G. FORTI, Vita e Pensiero, 2003, 73 ss.; P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Laterza, 2007, 272 ss.; A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO, Giappichelli, 2013, 46 ss.

<sup>9</sup> Così A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Edizioni Gruppo Abele, 2012, 249 ss.

## 2. La relazione cronologica tra la corruzione funzionale la previgente corruzione impropria e la corruzione propria.

Dal punto di vista intertemporale, l'art. 318 c.p. contiene una "norma diacronicamente generale" rispetto alla norma speciale espressa dalla versione previgente dell'art. 318 c.p.<sup>10</sup>. Inoltre, il novellato art. 318 c.p. esprime una "norma sincronicamente generale" rispetto alla coesistente norma speciale ricavabile dall'art. 319 c.p.<sup>11</sup>.

In tal senso, si è orientata la giurisprudenza, asserendo che la fattispecie di cui all'art. 319 c.p. è in rapporto di specialità unilaterale per specificazione rispetto a quella prevista dall'art. 318 c.p., poiché mentre questa punisce la generica condotta di vendita della funzione pubblica, la prima richiede, invece, un preciso atto contrario ai doveri d'ufficio, oggetto di illecito mercimonio<sup>12</sup>.

Quanto ai rapporti tra le due norme ricavabili dall'avvicendamento delle due versioni dell'art. 318 c.p., l'elemento del "generico" esercizio delle funzioni o dei poteri ha sostituito, nella struttura linguistica della disposizione, lo "specifico" compimento dell'atto "non illegittimo", requisito quest'ultimo ormai scomparso.

Nel significato assegnabile alla nuova formulazione dell'art. 318 c.p., possono quindi essere ricomprese "tutte" le precedenti ipotesi astratte, più delle "altre nuove". Da non intendersi queste ultime, necessariamente, come classi di fattispecie che costituiscono una "nuova incriminazione" ex art. 2, comma 1, c.p., potendo essere classi di fattispecie già penalmente rilevanti ai sensi di una diversa norma penale<sup>13</sup>.

Non si è verificato perciò – in ragione dell'argomento logico-formale – alcun fenomeno abolitivo, neanche parziale<sup>14</sup>. Il nuovo art. 318 c.p., lungi dall'abolire, in tutto o in parte, le condotte previste dal testo previgente, ha al contrario determinato l'estensione dell'area di punibilità, in quanto ha sostituito alla precedente causale del compiendo o compiuto atto d'ufficio, oggetto di retribuzione, il più generico collegamento, della dazione o promessa di utilità ricevuta o accettata, all'esercizio delle funzioni o dei poteri dell'agente pubblico, così configurando, per i fenomeni corruttivi non riconducibili all'area dell'art. 319 c.p., una fattispecie di onnicomprensiva monetizzazione del *munus* pubblico, sganciata in sé da una logica di formale sinallagma<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. T. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, Inserto 13, X; M. PELISSERO, *op. cit.*, 306.

<sup>11</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l'esercizio della funzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 3866 ss.

<sup>12</sup> Cass., Sez. VI, 25.9.2014, n. 49226, in *C.E.D. Cass.*, n. 261354.

<sup>13</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch. pen.*, 2013, fasc. 1, 62 ss.

<sup>14</sup> M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, 3866.

<sup>15</sup> Così Cass., sez. VI, 11.1.2013, n. 19189, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3856.

Si è sostenuto così che la nuova figura «è in grado di offrire copertura normativa sia alle ipotesi di corruzione impropria – sino ad oggi ricadenti nella previgente disposizione – sia ai casi di corruzione per l’esercizio della funzione in cui è individuabile un accordo avente ad oggetto “la compravendita” dell’esercizio della funzione del pubblico agente senza riferimento dunque ad uno specifico atto»<sup>16</sup>.

In questa prospettiva, si è esplicitamente asserito che la “messa a libro paga” del pubblico agente in cambio della disponibilità all’asservimento della sua funzione ricade oggi nel nuovo art. 318 c.p., mentre per la configurabilità della più grave figura dell’art. 319 c.p. occorrerà individuare un atto (contrario ai doveri d’ufficio) in senso formale quale oggetto dell’accordo corruttivo<sup>17</sup>.

Cerchiamo allora di approfondire quest’ultimo, cruciale, aspetto.

Ebbene, per quanto concerne la tipologia degli astratti casi riconducibili sia alla previgente corruzione per un atto d’ufficio non illegittimo che alla nuova corruzione per l’esercizio della funzione, si è prodotto il fenomeno della successione meramente modificativa; e va applicata, ai sensi dell’art. 2, comma 4, c.p., la legge in successione più favorevole (e dunque, la previgente formulazione dell’art. 318 che prevedeva la reclusione da sei mesi a tre anni, oggi innalzata ad anni uno nel minimo e sei di reclusione nel massimo)<sup>18</sup>. La piena continuità normativa esclude, dunque, per queste ipotesi qualsiasi intervento *in mitius* se è già intervenuta una sentenza di condanna irrevocabile<sup>19</sup>.

Tra le nuove classi di fattispecie oggi punite mediante la figura di reato della corruzione per l’esercizio della funzione, occorre poi chiedersi se siano effettivamente annoverabili anche quelle prima già sanzionate e ricondotte all’art. 319 c.p.: si pensi alla mera messa “a libro paga” dell’agente pubblico, oppure a quelle ipotesi in cui al momento della stipulazione del patto corruttivo non è specificato con precisione l’atto futuro da compiere o quello già compiuto. Si tratta di sottofattispecie astratte che, seppure svincolate dal riferimento a uno specifico atto, venivano sussunte, a seguito dell’elaborazione giurisprudenziale, all’interno dell’ipotesi criminosa di corruzione propria.

Invero secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità – *ante* riforma del 2012 – la mancata individuazione in concreto del singolo atto, che avrebbe dovuto essere omesso, ritardato o compiuto dal pubblico ufficiale contro i doveri del proprio ufficio, non fa venir meno il delitto di cui all’art. 319 c.p.,

<sup>16</sup> P. SEVERINO, *op. cit.*, 8.

<sup>17</sup> Così T. PADOVANI, *op. cit.*, X. In senso decisamente contrario, cfr. P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *Resp. amm. soc.*, n. 1, 2013, 16 ss.

<sup>18</sup> Cfr. G. ANDREAZZA-L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ss., 5.

<sup>19</sup> Cfr. E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1, 2012, 237.

qualora sia accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale sia stata eseguita in ragione delle funzioni esercitate e per retribuirne i favori<sup>20</sup>.

Non è infatti necessario – secondo la suprema Corte – individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, sussistendo la fattispecie di corruzione propria anche quando, pur rispondendo ogni singolo atto ai requisiti di legge, nell'insieme del servizio reso dal pubblico ufficiale vi sia stato un totale asservimento della funzione agli interessi del privato, concretizzatosi in una sostanziale rinuncia allo svolgimento della funzione di controllo in cambio di provati pagamenti in suo favore<sup>21</sup>.

In questo senso, si è osservato in giurisprudenza – prima della novella del 2012 – che per configurare il delitto di corruzione propria non è necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri di ufficio, qualora il pubblico ufficiale abbia ricevuto dall'impresa controllata denaro o altre utilità in misura tale da evidenziare una commistione di interessi atta a vanificare la doverosa funzione di controllo che al pubblico ufficiale è demandata, poiché in tal modo risulta già integrata la violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che sullo stesso incombono<sup>22</sup>.

L'espressione “atto d'ufficio” non è infatti sinonimo di atto amministrativo, ma designa ogni comportamento del pubblico ufficiale posto in essere nello svolgimento del suo incarico e contrario ai doveri del pubblico ufficio ricoperto<sup>23</sup>.

Insomma, l'“atto d'ufficio” non deve essere inteso in senso strettamente formale in quanto esso è integrato anche da un comportamento materiale che sia esplicazione di poteri-doveri inerenti alla funzione concretamente esercitata<sup>24</sup>.

Bisogna dunque stabilire con esattezza la sorte di tutte queste ipotesi esaminate negli ultimi anni dalla giurisprudenza, in cui si è fatto a meno dell'atto d'ufficio<sup>25</sup>. Sono ipotesi che devono essere oggi ricondotte “in blocco” al paradigma della nuova corruzione funzionale ex art. 318 c.p., oppure è

---

<sup>20</sup> Cass., Sez. VI, 15.2.1999, n. 3945, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1223; Cass., Sez. VI, 5.2.1998, n. 2894, *ivi*, 1999, 3405, con nota di R. RAMPIONI; Cass., Sez. VI, 5.3.1996, *ivi*, 1997, p. 1338; Cass., Sez. VI, 29.10.1992, *ivi*, 1994, p. 1518.

<sup>21</sup> Cass., Sez. VI, 9.12.2003, n. 2622, in *C.E.D. Cass.*, n. 227246. In dottrina, in tal senso, cfr. le osservazioni di P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *op. cit.*, 294 ss.

<sup>22</sup> Cass., Sez. VI, 26.2.2007, n. 21192, in *C.E.D. Cass.*, n. 236624. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. VI, 15.5.2008, n. 34417, *ivi*, n. 241081; Cass., Sez. VI, 16.1.2008, n. 20046, *ivi*, n. 241184; Cass., Sez. VI, 28 marzo 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 580. Per una ricostruzione della vicenda anche dal punto di vista storico e comparatistico, cfr. V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 924 ss.

<sup>23</sup> Cass., Sez. II, 25.11.2015, n. 47471.

<sup>24</sup> Così Cass., Sez. VI, 28.2.2017, n. 17586, in *C.E.D. Cass.*, n. 269830.

<sup>25</sup> Cfr., in proposito, G. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2691 ss.

necessario sottrarre a tale traslazione normativa una tipologia di casi che continua a risultare penalmente rilevante ex art. 319 c.p.<sup>26</sup>

Per tentare di risolvere la questione in modo appagante, occorre – a ben vedere – tener presente tre considerazioni:

(i) Le concrete condotte in esame erano punite dalla prevalente giurisprudenza sulla scorta di una interpretazione sicuramente non “letterale” dell’art. 319 c.p. Si è così pervenuti ad una dilatazione del campo applicativo dell’incriminazione che riguardo ad alcune ipotesi, probabilmente, travalicando la lettera della legge, è da considerare più vicina alla interpretazione di natura analogica che meramente estensiva.

(ii) La nuova corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.) si adatta molto meglio a quelle condotte in cui non solo non è stato individuato un atto amministrativo illegittimo, ma vi è stata la semplice accettazione di denaro o altra utilità da parte del funzionario in relazione all’esercizio della sua funzione o dei suoi poteri. Come si è giustamente scritto, se sul piano strutturale i rapporti tra artt. 318 e 319 c.p. si connotano oggi in termini di specialità del secondo rispetto al primo; sul piano “funzionale” si caratterizzano in termini di “sussidiarietà” dell’art. 318 c.p. rispetto all’art. 319 c.p., dato che l’applicazione dell’art. 318 c.p. postula la mancata identificazione dell’atto compravenduto<sup>27</sup>.

(iii) La circostanza che genera forti perplessità di aver reputato, in sede di riforma del 2012 (opzione confermata dalla legge spazzacorrotti del 2019), la corruzione per l’esercizio della funzione “oggettivamente meno grave”<sup>28</sup> della corruzione propria, soltanto perché non si fa riferimento ad un determinato atto illegittimo dell’ufficio quale oggetto del *pactum sceleris*; con la previsione, dunque, di un trattamento sanzionatorio più mite per la novellata corruzione ex art. 318 c.p.<sup>29</sup>. Come dire che anche quando l’attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto, essa è sicuramente più grave della condotta dell’agente pubblico che stabilmente sottomette agli interessi del privato la sua attività<sup>30</sup>. Né ciò può essere sostenuto semplicemente con l’argomento comparatistico: affermando, cioè, che nelle legislazioni spagnole e tedesche la figura della corruzione per l’esercizio della funzione è sanzionata in modo più lieve della corruzione propria<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> M. PELISSERO, *op. cit.*, 284 ss.; M. GAMBARELLA, *op. cit.*, 3866 ss.

<sup>27</sup> Così T. PADOVANI, *op. cit.*, X.

<sup>28</sup> In tal senso P. SEVERINO, *op. cit.*, 8 ss. In senso critico, invece, P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *Resp. amm. soc.*, n. 1, 2013, 15.

<sup>29</sup> Sulla stessa linea, v. P. IELO, *op. cit.*, 15.

<sup>30</sup> Cfr. P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *op. cit.*, 294 ss.

<sup>31</sup> Sui modelli di lotta alla corruzione spagnoli e tedeschi, cfr. F. CINGARI, *op. cit.*, 55 ss.



### 3. Il contrasto di giurisprudenza sui rapporti tra corruzione funzionale e corruzione propria.

Già dalle prime decisioni pronunciate dalla Corte di cassazione sui rapporti tra corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione propria si è palesato un contrasto di giurisprudenza all'interno della VI sezione della Corte<sup>32</sup>.

Peraltro, in dottrina, si è osservato come si è andata disegnando una chiara linea di tendenza giurisprudenziale volta a svalutare, sul piano applicativo, l'operatività della nuova corruzione per la funzione; a fronte, invece, di una "onnivora tendenza applicativa" della corruzione propria. A prescindere dalla individuazione di un atto determinato (o determinabile) qualificabile in termini di contrarietà ai doveri d'ufficio, ciò che appare decisivo è "la contaminazione privata del potere pubblico": il potere pubblico è inquinato dall'interesse privato veicolato dall'intesa illecita. E la contrarietà ai doveri d'ufficio viene individuata nella violazione del principio di non venalità della funzione pubblica<sup>33</sup>.

Ora, secondo un primo orientamento giurisprudenziale - che si caratterizza per la valorizzazione della razionalità del sottosistema corruttivo, nonché per l'impiego dei principi costituzionali nel tracciare la linea di confine fra corruzione funzionale e propria - la stabile messa a libro paga o il duraturo asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, integra tutt'ora il reato di cui all'art. 319 c.p., e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. Invero, offrirebbe il fianco a possibili rilievi in termini di graduazione dell'offensività, di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.), punire in molti casi con una pena assai più mite di quella stabilita nell'art. 319 c.p., un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponga l'intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici<sup>34</sup>.

Ad avviso di questo orientamento, diversamente ragionando, la condotta di un pubblico ufficiale che compia per denaro o altra utilità ("venda") un solo suo atto contrario all'ufficio (ad esempio rilasci un permesso di accesso in z.t.l. non consentito, ecc.) verrebbe così punita con una cospicua pena ai sensi dell'art. 319 c.p. Laddove un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponga l'intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici e in relazione ad atti contrari alla funzione non predefiniti o non specificamente individuabili *ex post* (in caso diverso si rifluirebbe, come è ovvio, nella previsione dell'art. 319 c.p.), si vedrebbe oggi irrazionalmente punito con una pena assai più mite,

<sup>32</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *op. cit.*

<sup>33</sup> Così F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, 3396 ss.

<sup>34</sup> *Cass.*, sez. VI, 15.10.2013, n. 9883, in *C.E.D. Cass.*, n. 258521; in senso adesivo, *Cass.*, sez. II, 25.11.2015, n. 47471.

quale quella prevista dal riformato art. 318 c.p. (da uno a sei anni di reclusione). E ciò malgrado appaiano in tutta evidenza indiscutibili la ben maggiore offensività e il più elevato disvalore giuridico e sociale della seconda condotta, integrata appunto dall’asservimento costante e metodico dell’intera funzione del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi privati<sup>35</sup>.

È stata poi ritenuta configurabile la fattispecie di cui all’art. 319 c.p. quando sia possibile individuare, oltre ad un rapporto di stabile asservimento del pubblico ufficiale, uno o più atti dello stesso che, pur se formalmente legittimi, si conformino all’obiettivo di realizzare l’interesse del privato, nonostante questa non sia una soluzione necessaria. In tali casi, infatti, perde completamente rilievo l’obiezione che argomenta dalla natura di danno o di pericolo delle due fattispecie incriminatrici: l’effettivo esercizio di poteri pubblici nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali, salvo i casi limite di attività rigorosamente predeterminata nell’*an*, nel *quando* e nel *quomodo*, determina con immediatezza un pregiudizio per l’imparzialità ed il buon andamento dell’amministrazione, perché implica l’impiego di strumenti e funzioni pubblicistiche al di fuori dei presupposti per i quali i medesimi sono stati prefigurati, e, quindi, si traduce in un “attuale” ed ingiustificato trattamento di privilegio in favore del beneficiario dell’azione indebitamente orientata. Si è concluso quindi che si versa nel reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio quando lo stabile asservimento del pubblico ufficiale si sia anche tradotto nel compimento, a vantaggio del privato, di uno o più atti formalmente legittimi, ma non rigorosamente predeterminati nell’*an*, nel *quando* o nel *quomodo*<sup>36</sup>.

All’interno di questo orientamento, va segnalata una interessante pronuncia della Suprema Corte che ha reputato legittima la configurazione quale “corruzione propria” della condotta di un rappresentante farmaceutico che aveva corrisposto denaro a un primario ospedaliero in cambio dell’impegno di quest’ultimo a prescrivere a tutti i pazienti un determinato farmaco antitumorale<sup>37</sup>.

Si è chiarito infatti che il comportamento abdicativo del medico (pubblico ufficiale) di fronte al dovere di una corretta comparazione degli interessi rilevanti, integra già di per sé “l’omettere” di cui all’art. 319 c.p., e quindi anche quando l’esito raggiunto risulti coincidere *ex post* con l’interesse pubblico. Rientra allora nell’ambito di applicazione della corruzione *ex art.* 319 c.p., il comportamento del primario ospedaliero consistito nell’essersi impegnato a dettare sistematicamente la terapia farmacologica “Nexavar” (antitumorale) ai nuovi pazienti solo perché mosso da finalità speculative, laddove invece la prescrizione del farmaco doveva essere il frutto di un meditato apprezzamento da parte del medico del quadro clinico del paziente, nonché di un’attenta valuta-

<sup>35</sup> Cass., Sez. VI, 15.10.2013, n. 9883, cit.

<sup>36</sup> Cass., Sez. VI, 20.10.2016, n. 3606/2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 269347. In senso conforme, v. Cass., Sez. VI, 15.9.2017, n. 46492, *ivi*, n. 271383.

<sup>37</sup> Cass., Sez. VI, 15.9.2017, n. 46492, cit.

zione comparativa tra i benefici perseguiti ed i rischi connessi alla particolare utilizzazione del farmaco che era possibile prevedere sulla base della situazione clinica del paziente medesimo. Altrimenti si verrebbe a configurare, per un verso, una inammissibile abdicazione da parte del medico delle sue funzioni; per altro verso, un automatismo nella prescrizione del farmaco<sup>38</sup>.

L'approdo di questo primo orientamento può rinvenirsi nell'affermazione secondo cui configura il delitto di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio – e non il più lieve reato di corruzione ex art. 318 c.p. – lo stabile asservimento dell'agente pubblico a interessi personali di terzi, che si traduca in atti, i quali, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali<sup>39</sup>.

Ad avviso di un diverso indirizzo – formatosi inizialmente soprattutto in relazione al “caso Mose” –, e caratterizzato da una attività interpretativa attenta alla lettera della legge nonché al rispetto della tassatività –, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale agli interessi personali di terzi, realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra invece il reato di cui all'art. 318 c.p. (nel testo introdotto dalla l. n. 190 del 2012), e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.; salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio (ovvero l'asservimento della funzione sia sfociato nell'emanazione di un atto illegittimo). In tal caso, infatti, si determina una progressione criminosa nel cui ambito le singole dazioni eventualmente effettuate si atteggiavano a momenti esecutivi di un unico reato di corruzione propria a consumazione permanente<sup>40</sup>.

Invero il nuovo art. 318 c.p. non ha coperto integralmente l'area della vendita della funzione, ma soltanto quelle situazioni in cui non sia noto il finalismo del suo mercimonio o in cui l'oggetto di questo sia sicuramente rappresentato da un atto dell'ufficio. Residua tuttora infatti un'area di applicabilità dell'art. 319 c.p., quando la vendita della funzione sia connotata da uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio, accompagnati da indebite dazioni di denaro o prestazioni di utilità, sia antecedenti che susseguenti rispetto all'atto tipico, il

<sup>38</sup> Cass., Sez. VI, 15.9.2017, n. 46492, cit.

<sup>39</sup> Così Cass., Sez. VI, 5.4.2018, n. 29267, in *C.E.D. Cass.*, n. 273448. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. VI, 15.9.2017, n. 46492, cit.; Cass., Sez. VI, 20.10.2016, n. 3606/2017, cit.

<sup>40</sup> Cass., Sez. VI, 25.9.2014, n. 49226, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1415, con osservazioni di G. STAMPA-NONI BASSI. In senso adesivo, Cass., Sez. VI, 7.7.2016, n. 40237, in *C.E.D. Cass.*, n. 267634, secondo cui lo stabile asservimento dell'agente pubblico ad interessi personali di terzi, con episodi sia di atti contrari ai doveri d'ufficio che di atti conformi o non contrari a tali doveri, configura l'unico reato, permanente, previsto dall'art. 319 c.p., rimanendo assorbita la meno grave fattispecie di cui al precedente art. 318 c.p.; e successivamente in tal senso Cass., Sez. VI, 20.6.2019, n. 32401, *ivi*, n. 276801; Cass., Sez. VI, 18.7.2019, n. 51126, *ivi*, n. 278192-05; Cass., Sez. VI, 19.9.2019, n. 45184.

quale finisce per evidenziare il punto più alto di contrarietà ai doveri di correttezza che si impongono al pubblico agente<sup>41</sup>.

In definitiva, per quest’ultimo orientamento, i fenomeni di corruzione sistemica conosciuti dall’esperienza giudiziaria come “messa a libro paga del pubblico funzionario” o “asservimento della funzione pubblica agli interessi privati” o “messa a disposizione del proprio ufficio”, tutti caratterizzati da un accordo corruttivo che impegna permanentemente l’agente pubblico a compiere o ad omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, finora sussunti dalla giurisprudenza nella fattispecie prevista dall’art. 319 c.p., devono a seguito della l. 190 del 2012 essere ricondotti alla nuova previsione dell’art. 318 c.p., sempre che i pagamenti intervenuti non siano ricollegabili all’adozione di uno o più atti contrari ai doveri d’ufficio.

Pertanto, l’art. 318 c.p. punendo genericamente la vendita della funzione si atteggia come reato di pericolo (pone in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione); mentre, l’art. 319 c.p. perseguendo la compravendita di uno specifico atto d’ufficio è reato di danno, perché realizza una concreta lesione del bene protetto ed è quindi più grave<sup>42</sup>.

Il contrasto giurisprudenziale – in un primo momento – sul piano pratico non ha determinato tensioni di particolare forza. E ciò perché quest’ultimo orientamento (ben esemplificato dalla pronuncia sul “caso Mose”), pur prestando ossequio formale al legislatore del 2012, che ha esplicitamente richiesto di sussumere i casi in cui non si identifica l’atto dell’agente pubblico nell’art. 319 c.p., nella sostanza ha lasciato immutate le cose.

In realtà, se si prova a leggere attentamente la motivazione della citata decisione sul “caso Mose” si comprende come la Suprema Corte “va alla caccia” di un provvedimento illegittimo (nel caso di specie all’assessore ai trasporti e alle infrastrutture viene contestata l’adozione di alcune delibere illegittime) per transitare dalla figura della corruzione per la funzione a quella più grave di corruzione propria.

Nel solco di quest’ultimo indirizzo, sembra invece costituire una vera e propria svolta giurisprudenziale la sentenza pronunciata nell’ambito del procedimento relativo alla costruzione del nuovo stadio di calcio della Roma<sup>43</sup>. Tale decisione restituisce un reale spazio applicativo all’art. 318 c.p., tramite una interpretazione fedele della riforma del 2012, senza alcuna considerazione tuttavia per il sottosistema delle figure corruttive nel suo complesso, tralasciando completamente il reale disvalore dei fatti e valorizzando piuttosto un

<sup>41</sup> Cass., Sez. VI, 27.11.2015, n. 3043/2016, in *C.E.D. Cass.*, n. 265619.

<sup>42</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 25.9.2014, n. 49226, cit.

<sup>43</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 11.12.2018, n. 4486/2019, in *C.E.D. Cass.*, n. 274984, con nota di PALOZZI; in *Cass. pen.*, 2019, p. 3495, con nota critica di L. FURNO, *Riflessioni a margine di Sez. VI n. 4486/2018, nel prisma della recente legge c.d. spazza-corrotti e delle tre metamorfosi dello spirito*. In realtà leggendo la motivazione non sembrerebbe, nel caso di specie, rinvenirsi una ipotesi di stabile e duratura messa a libro paga: trattandosi di una sola dazione di denaro, mascherata da contributo elettorale.

criterio del tutto formale, quale quello del pericolo/danno per il bene giuridico tutelato (oltretutto limitato al “corretto svolgimento dei poteri pubblici”).

Ad avviso di tale ultima pronuncia il discrimine tra la due ipotesi corruttive è segnato dalla progressione criminosa dell’interesse protetto in termini di gravità (che giustifica la diversa risposta punitiva): da una situazione di pericolo presunto (il generico asservimento della funzione) a una fattispecie di danno, in cui si realizza la massima offensività del reato (con l’individuazione di un atto contrario ai doveri d’ufficio). Nel primo caso (art. 318 c.p.) la dazione indebita, condizionando la fedeltà e imparzialità dell’agente pubblico che si mette genericamente a disposizione del privato, pone in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione; nell’altro caso (art. 319 c.p.) la dazione, essendo connessa sinallagmaticamente con il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d’ufficio, realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto, meritando quindi una pena più grave<sup>44</sup>.

Tale decisione sembrerebbe postulare una relazione di sussidiarietà tra la corruzione funzionale e la corruzione propria, la quale si fonderebbe su uno stadio (o grado) diverso di offesa al medesimo bene giuridico. L’art. 318 c.p. sarebbe dunque (tacitamente) sussidiario rispetto al delitto principale dell’art. 319 c.p., giacché quest’ultimo reprimerebbe un grado di offesa più grave allo stesso bene giuridico. L’offesa maggiore assorbirebbe pertanto quella minore, e di conseguenza l’applicazione della norma sussidiaria (la corruzione funzionale) sarebbe subordinata alla non applicabilità della norma principale (la corruzione propria).

Ma è proprio il presupposto del ragionamento della Corte che qui non torna, come sarà messo in luce nei successivi paragrafi. Nel senso che la corruzione propria non può considerarsi, sotto il profilo politico-criminale, una offesa di grado maggiore del bene giuridico rispetto alla corruzione funzionale se in quest’ultima vengono ricompresi altresì i casi di stabile e duratura messa a libro paga di soggetti che rivestono qualifiche apicali nell’ambito dell’attività dei pubblici poteri. Non si tiene conto, ragionando come fa la Corte, del reale disvalore delle condotte.

#### **4. La legge spazzacorrotti e il mancato ripensamento del sottosistema della corruzione.**

Le diverse opzioni ermeneutiche sulla corretta ripartizione dell’ambito di applicazione degli attuali artt. 318 e 319 c.p. appena esaminate, devono tener conto delle nuove misure in tema di lotta alla illegalità nella pubblica amministrazione introdotte dalla l. n. 3 del 2019<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Cass., Sez. VI, 11.12.2018, n. 4486/2019, cit.

<sup>45</sup> Al riguardo S. SEMINARA, *I reati di indebita percezione di erogazioni, corruzione pubblica e corruzione privata*, in R. ORLANDI-S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione*, Giappichelli, 2019, 88 ss.

Dal punto di vista del sottosistema degli illeciti penali di contrasto alla corruzione sono solo due le vere novità contenute nella legge spazzacorrotti del 2019: l’aumento delle pene principali per il delitto di corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.); la riformulazione della figura del traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.) e la contestuale abrogazione espressa del delitto di millantato credito (art. 346 c.p.).

La legge n. 3/2019 appare trascurare il sottosistema delle incriminazioni in materia di corruzione, la sua razionalità e soprattutto la sua “giustizia”. Essa sembra dimenticarsi o comunque disinteressarsi della esigenza primaria nel diritto penale: che si sappia chiaramente, in via preventiva, quale siano le fattispecie penali, i loro elementi costitutivi e l’esatta linea di demarcazione tra le stesse fattispecie, per attingere a quella “frammentarietà” indispensabile a garantire la libertà personale del cittadino<sup>46</sup>.

Eppure, dal microsistema dei reati di corruzione dobbiamo muovere per cercare in tutti i modi di prevenire e reprimere questo grave fenomeno. Non produce effetti significativi mettere mano alle pene accessorie, agli strumenti di indagine, o, tantomeno, fare modifiche mirate alle cornici editali di specifiche figure criminose nel sistema corruttivo (come nel caso della corruzione funzionale), senza ripensare *funditus* il sotto-sistema dei reati di in materia di corruzione.

Si corre un rischio altissimo, non facendo questo ripensamento globale: ratificare, legittimare, cristallizzare, definitivamente l’impianto scaturito dalla l. n. 190 del 2012 nell’ambito delle incriminazioni in materia di corruzione.

Ma si tratta di un sistema quello della l. n. 190 del 2012, che non tiene conto del reale disvalore delle condotte. È profondamente ingiusto a meno che non si lasci mano libera a una parte della giurisprudenza – come sta avvenendo – di adattarlo ai principi costituzionali del nostro ordinamento. Tuttavia più che un adattamento è in corso una riscrittura da parte del “diritto vivente”. Con tutte le preoccupazioni che ciò può destare in una architettura costituzionale fondata sulla soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.).

Occorre, in primo luogo, pensare alla corruzione come reato, o meglio ai reati in materia di fenomeno corruttivo, costruendo in proposito un sistema quanto più razionale, efficiente e giusto; e poi alle pene accessorie e agli strumenti investigativi.

Nella legge spazzacorrotti tanto l’inasprimento delle pene per la corruzione funzionale quanto la riformulazione del traffico di influenze illecite sembrano avere il paradossale effetto di ratificare definitivamente l’impianto della legge n. 190 del 2012, piuttosto che discostarsene segnando un punto di svolta nella lotta alla corruzione<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. sull’importanza della frammentarietà nel diritto penale T. VORMBAUM, *Saggi di storia nel diritto penale moderno*, ESI, 2018, 145 ss.

<sup>47</sup> Cfr. M. GAMBARELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 61 ss.

Queste due modifiche rappresentano, involontariamente, una legittimazione di quanto prodottosi a seguito della l. n. 190 del 2012; novella quest'ultima che ha in parte mancato il suo obiettivo, sul campo strettamente penale, di costituire un salto di qualità nel contrasto al malaffare e all'illegalità nell'attività della pubblica amministrazione.

La vera legittimazione all'esistente, a nostro avviso assolutamente da evitare, avviene nella legge spazzacorrotti con l'esplicito innalzamento della forbice edittale del delitto di cui all'art. 318 c.p.; cornice oggi compresa tra 1 e 6 anni di reclusione e dalla novella inasprita: da 3 a 8 anni di reclusione. Un inutile (e controproducente) inasprimento delle pene per la corruzione funzionale.

Ciò che lascia subito perplessi è l'aver reputato in sede di riforma nel 2012 - e aver comunque confermato tale scelta nella novella spazzacorrotti del 2019 - la corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) oggettivamente meno grave della corruzione propria (art. 319 c.p.), soltanto perché in quella non si fa riferimento ad un determinato atto illegittimo dell'ufficio quale contenuto del *pactum sceleris*. Come dire che, pure quando l'attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto, essa è sicuramente più grave della condotta dell'agente pubblico che stabilmente sottomette agli interessi del privato la sua attività<sup>48</sup>.

Ma la corruzione sistemica non può essere punita tramite la figura più mite di corruzione.

Come accennato, prima della riforma del 2012 (l. n. 190) le ipotesi di messa a libro paga, di asservimento continuativo della funzione pubblica ad interessi privati, di mancata individuazione dello specifico atto compravenduto, seppur svincolate dal riferimento ad uno specifico atto, venivano ricondotte dalla giurisprudenza di cassazione all'interno dell'ipotesi criminosa di corruzione propria ex art. 319 c.p.

È mai possibile, allora, che le condotte di c.d. corruzione sistemica, le quali ruotano intorno alla c.d. stabile messa a disposizione del funzionario ovvero a patti corruttivi nei quali non è individuabile lo specifico atto concreto contrario all'ufficio, prima del 2012 sussunte dalla giurisprudenza nel più grave reato di corruzione propria, siano adesso punibili mediante la più mite figura della corruzione funzionale (art. 318 c.p.)?

E la magistratura, come visto, talvolta ha supplito alla scelta del legislatore del 2012 (ratificata da quello del 2019), il quale, sul piano politico-criminale, non ha rispettato il disvalore astratto delle condotte; evenienza quest'ultima che non può non precedere la codificazione. Il caso astratto più grave è stato tipizzato all'interno della ipotesi di corruzione sanzionata in modo più mite. Il sistema penale (con i suoi principi costituzionali) si è imposto talora sulla "nuda" interpretazione della disposizione incriminatrice, riconducendo, sotto la più grave figura di corruzione, la condotta di stabile messa a libro paga

---

<sup>48</sup> In tal senso, ad es. L. FURNO, *op. cit.*, 3501 ss.



(dell’asservimento duraturo) dell’agente pubblico, anche se non s’individua un atto determinato e preciso contrario ai doveri dell’ufficio.

## 5. Concentrare anziché frammentare. Una proposta alternativa a quella delle recenti leggi anticorruzione: costruire un’unica ipotesi di corruzione.

La corruzione sistemica, anche se non si individua lo specifico atto contrario ai doveri d’ufficio, ha un disvalore immenso; è letale per la crescita economica, incide sul costo delle opere pubbliche e sul morale della gente comune<sup>49</sup>.

La corruzione sistemica non deve allora essere ricondotta, in linea astratta, nella figura più lieve di corruzione, come previsto dalla legge n. 190 del 2012. Né il compito di sovvertire tale esito, nel singolo caso concreto, può essere lasciato al lavoro di supplenza della magistratura.

Bisogna avere il coraggio di riformulare in modo organico il minisistema della corruzione, senza dimenticare che di esso fanno parte oggi pure il delitto di cui all’art. 319-*quater* c.p. (l’induzione indebita a dare o promettere utilità), nonché il reato *ex art.* 346-*bis* c.p. (il traffico di influenze illecite).

Il primo che origina dallo sdoppiamento nel 2012 del delitto di concussione in due figure autonome: la concussione vera e propria (ormai solo “per costrizione”, rimasta nell’art. 317 c.p.) e appunto l’inedito reato di induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.). Quest’ultimo nell’intenzione del legislatore, con la punibilità del privato, doveva assumere una posizione intermedia tra i due modelli classici di incriminazione della concussione/corruzione. Mentre, l’esito effettivo della riforma del 2012, nella lettura fornita dal “diritto vivente” (e in particolare dalle Sezioni unite Maldera del 2013), è stato che la “vecchia” sottofattispecie di concussione per induzione è divenuta oggi una ipotesi più prossima alla corruzione che alla concussione.

Quanto al traffico di influenze illecite, esso mira a soddisfare l’esigenza di avere una apposita previsione volta a reprimere le attività di quelle figure denominate nella prassi: faccendieri, portaborse, facilitatori ecc., le quali, avvalendosi di contatti, entrate e relazioni, condizionano indebitamente le scelte dei pubblici poteri (al di fuori della legittima attività di *lobbying*). L’incriminazione di cui all’art. 346-*bis* c.p. punisce condotte prodromiche al vero e proprio accordo corruttivo tra pubblico agente e privato, anticipando dunque l’intervento della sanzione penale in questo ambito<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> M. GAMBARELLA, *op. cit.*, 67 ss.

<sup>50</sup> La nuova figura delittuosa del traffico di influenze illecite è stata collocata dal legislatore del 2012 topograficamente in sequenza con il delitto di millantato credito (art. 346 c.p.), il quale ne rappresenta l’evidente matrice dal punto di vista strutturale. Ciò ha però subito posto nella prassi giudiziaria la questione di tracciare una linea di distinzione fra le due incriminazioni (emblematico il c.d. “caso Temparossa”). Proprio siffatti problemi interpretativi e di coordinamento hanno condotto il legislatore del 2019 (c.d. legge spazzacorrotti) ad intervenire in modo drastico. Per un verso espressamente abrogando la disposizione “matrice” dell’art. 346 c.p. (millantato credi-



Ebbene, nella riformulazione del sottosistema corruttivo, occorre assegnare alle ipotesi di stabile messa a libro paga e di duraturo asservimento delle funzioni pubbliche agli interessi privati – anche se non si individua uno specifico atto illegittimo compravenduto – il giusto posto come ipotesi di maggior disvalore di corruzione: minando, queste ultime condotte illecite penalmente, le fondamenta dell’etica pubblica<sup>51</sup>.

Converrebbe dunque nel prossimo futuro cercare di costruire una ipotesi generale di incriminazione di corruzione, comprensiva delle figure di corruzione per l’esercizio della funzione, per un atto contrario ai doveri d’ufficio e dell’ipotesi di induzione indebita (ormai, come detto, ascrivibile al paradigma della corruzione in senso stretto). E dislocare tutte queste fattispecie in un’unica disposizione (articolo), rubricata come corruzione *tout court*; andando in senso opposto rispetto all’assetto attuale, reso ancora più caotico dalla frammentazione delle condotte corruttive operata dalla novella del 2012<sup>52</sup>.

Una proposta che, come sappiamo, trova la sua matrice nel “Progetto milanese” del 1994: un’unica macro-figura criminosa nella quale far confluire le diverse tipologie di illecito di natura corruttiva; con una fattispecie talmente ampia da includere tanto il modello mercantile quanto quello clientelare. Nel Progetto del 1994, la concussione veniva dislocata all’interno dell’estorsione quale aggravante ad effetto speciale<sup>53</sup>.

Si tratta di una semplificazione indispensabile alla prassi e che potrebbe concorrere a garantire al cittadino una maggiore certezza e uguaglianza nell’applicazione giudiziaria del diritto nel campo dei reati contro la pubblica amministrazione.

L’uso del rasoio di Occam, con la creazione di un’unica ipotesi generale di corruzione, permetterebbe oltretutto di evitare profili abolitivi, sempre in agguato in presenza di riformulazioni legislative.

Il diverso disvalore penalistico delle tipologie di fatti, all’interno della medesima disposizione, potrebbe essere designato tramite differenti cornici edittali; con pene talora diversificate per i correi.

Una progressione criminosa che dovrebbe muovere dalla meno grave fattispecie di autentica corruzione funzionale, incentrata sulle “vecchie” corruzioni per atto dell’ufficio conforme o legittimo (non illegittimo) e su quelle

to); per altro verso, riformulando il delitto di cui all’art. 346-*bis* c.p. (traffico di influenze illecite) in modo da ricomprendere la fattispecie formalmente (e sincronicamente) abrogata. Ad avviso della giurisprudenza, tuttavia, non sussiste continuità normativa tra la figura del comma 2 dell’abrogato art. 346 c.p. (millantato credito) e il novellato traffico di influenze illecite (Cass., Sez. VI, 18.9.2019, n. 5221/2020, in *C.E.D. Cass.*, n. 278451-01).

<sup>51</sup> Sui rapporti tra corruzione ed etica pubblica, cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi editore, 2014, 46 ss.

<sup>52</sup> Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 9 ss.

<sup>53</sup> Cfr. le “Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti” elaborate da parte di un gruppo di magistrati della Procura di Milano e professori di diritto e procedura penale delle Università milanesi, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1025 ss.

corruzioni funzionali in cui vi è una mera e circoscritta nel tempo dazione per una generica ed episodica infedeltà del pubblico agente (che prescinde dal concreto atto contrario dell’ufficio).

Dovrebbero qui essere prese in considerazione ipotesi più lievi di corruzione che si riferiscono ad atti legittimi dell’agente pubblico (attività conformi dell’ufficio nella forma e nella sostanza), o ad attività dovute e prive di spazi di discrezionalità ovvero ad attività insindacabili (come per l’ipotesi affrontata dalla Corte di cassazione riguardo alla corruzione del Parlamentare ricondotta alla corruzione “impropria” ex art. 318 c.p.<sup>54</sup>).

Al secondo livello della piramide punitiva, si dovrebbe includere, nell’unico articolo sulla corruzione, le condotte di corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio.

Al terzo gradino, quale forma più grave di corruzione, si dovrebbe prevedere la c.d. corruzione sistemica, distinta dalla più lieve corruzione funzionale nella quale, come detto, vi è una mera infedeltà episodica (od occasionale) dell’agente pubblico a cui è collegata l’isolata (o al più la sporadica) dazione indebita.

Le figure di corruzione sistemica da tipizzare al culmine della piramide dovrebbero essere quelle di stabile e duratura messa a libro paga dell’agente pubblico e di asservimento continuativo nel tempo della funzione pubblica esercitata dallo stesso agli interessi di privati. Figure criminose quest’ultime che si configurano sia quando i pagamenti siano ricollegabili all’adozione di atti contrari ai doveri d’ufficio (illegittimi), sia là dove non si rinvenga uno specifico e concreto atto dell’agente pubblico, nonché ove vengano adottati atti che pur formalmente legittimi risultino in realtà orientati alla realizzazione di interessi privati (o comunque diversi da quelli istituzionali). Detto in altre parole, la stabile e duratura messa a libro paga e l’asservimento per un tempo prolungato possono essere poste in relazione ad atti di ufficio illegittimi, ma possono anche prescindere da singoli atti d’ufficio.

Bisognerebbe prevedere, infine, l’introduzione di una specifica circostanza attenuante a effetto speciale o modificare l’art. 323-*bis* c.p. (attenuante per fatti di particolare tenuità), per tener conto ancora con più attenzione dei casi di corruzione c.d. “pulviscolare” (o minori), con un basso disvalore e rendere così la sanzione proporzionata alla condotta criminosa commessa.

Non pare peregrina allora l’idea di rimettere mano al sottosistema della corruzione, andando però in controtendenza rispetto al recente passato (concentrando anziché frammentando). Nel senso di razionalizzare, ridurre le disposizioni incriminatrici, allocando in esse quelle tipologie di condotte che appaiono espressive di un disvalore omogeneo; e che frammentandole come si è fatto con la novella del 2012, rende difficile garantire al cittadino (che rivesta una qualifica soggettiva pubblica o meno) l’indispensabile certezza e uguaglianza nell’applicazione giudiziaria del diritto.

---

<sup>54</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347.

Ma tutto ciò senza però dimenticare quanto giustamente messo in risalto dalla dottrina. La soluzione per i fenomeni corruttivi non può risiedere integralmente nella coniazione di “buone leggi” né nella equiparazione “mafioso-corrotto” del nuovo codice antimafia e neppure nello “spazzar via i corrotti”, perché la corruzione rappresenta prima di tutto una “questione morale”: deve perciò essere affidata anche al costume, alla cultura, all’educazione civica collettiva e alla fiducia nei pubblici poteri<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> In tal senso, cfr. M. DONINI, *op. cit.*, 46 ss. L’indice di Percezione della Corruzione 2019 (CPI) (pubblicato il 23 gennaio 2020) da *Transparency International* vede l’Italia al 51° posto nel mondo con un punteggio di 53 punti su 100, migliore di un punto rispetto all’anno precedente. L’Italia, pur segnando un lieve miglioramento, rallenta la sua scalata alla classifica globale della corruzione, lasciando la sufficienza ancora lontana e molti problemi strutturali irrisolti.



# IL RECLAMO AVVERSO IL PROVVEDIMENTO DI ARCHIVIAZIONE\*

**Leonardo Suraci**

**Sommario:** **1.** Il quadro normativo di riferimento. – **2.** La natura giuridica del reclamo. – **3.** La procedura di reclamo e i suoi epiloghi.

## ABSTRACT

*L'istituto del reclamo è stato introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 in funzione di verifica della legittimità del provvedimento di archiviazione emesso contra legem. Le finalità sono diversificate e, nel complesso, sottraggono alla cognizione della Corte di cassazione un complesso di verifiche tutto sommato per lo più connesse al rilievo di inosservanza di requisiti formali. L'istituto, inedito, pone tutta una serie di problemi che rischiano di pregiudicare il valore della stabilità dell'accertamento.*

*The institute of the complaint was introduced by the l. June 23, 2017, n. 103 as a function of verifying the legitimacy of the archiving measure issued against the law. The aims are diversified and, on the whole, take away from the knowledge of the Court of Cassation a complex of checks all in all mostly connected to the relief of non-compliance with formal requirements. The institute, unpublished, poses a whole series of problems that risk jeopardizing the value of the stability of the assessment.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole..

## 1. Il quadro normativo di riferimento.

L'istituto del reclamo<sup>1</sup> è stato introdotto dall'art. 1, comma 33, l. 23 giugno 2017, n. 103 quale mezzo d'impugnazione proprio del provvedimento di archiviazione pronunciato ai sensi dell'art. 409 c.p.p. e sostitutivo del ricorso per cassazione previsto dall'art. 409, comma 6, c.p.p., disposizione contestualmente abrogata.

Sul versante intertemporale, la Corte di cassazione ha più volte ribadito il principio secondo il quale, ai fini della individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato con disposizioni transitorie il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di fare riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello di proposizione dell'impugnazione<sup>2</sup>.

Coerentemente, la Suprema Corte ha ritenuto ricorribile per cassazione e non reclamabile ex art. 410-*bis* c.p.p. il provvedimento di archiviazione emesso in epoca antecedente alla riforma attuata con la l. 23 giugno 2017, n. 103<sup>3</sup>.

Le finalità della norma appare diversificata, trattandosi di un'innovazione che si propone certamente di ridurre il carico di lavoro della Corte di cassazione<sup>4</sup>, troppo spesso investita di ricorsi destinati a fare rilevare un vizio di legittimità suscettibile – come si avrà modo di ribadire a breve – di immediato e tutto sommato semplice accertamento, ma anche di snellire la procedura di verifica e facilitarne l'accesso attraverso il decentramento della sede deputata all'effettuazione di un controllo che, si tenga presente, si colloca nell'ambito di una procedura – e di essa condivide in maniera piena le finalità – preordinata alla verifica dell'effettiva osservanza del principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Ritenuto giustamente "inedito" da GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, 179.

<sup>2</sup> V., nell'ambito di un indirizzo consolidato, Cass. pen., Sez. VI, 21.3.2018, n. 40146; Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 5697. Sul tema, d'altra parte, si era già pronunciata Cass. pen., S.U., 29.3.2007, Lista.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. IV, 29.10.2018, n. 49395.

<sup>4</sup> Evidenzia questo aspetto LA REGINA, *La nullità del provvedimento di archiviazione*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di SPANGHER, Pacini, 2018, 215, la quale critica la scelta di sottrarre terreno alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione in un contesto in cui, molto spesso, si generano incertezze interpretative che innescano possibili vizi del contraddittorio. V., inoltre, Id., *Il procedimento di archiviazione (commi 31-36 l. n. 103/2017)*, in MARANDOLA, BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, 2017, 123. Le medesime considerazioni vengono ribadite in Id., *Termini per l'esercizio dell'azione penale e archiviazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, 860. V., altresì, BELVISO, *Il nuovo procedimento archiviativo*, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pacini, 2017, 167.

<sup>5</sup> Lo ribadisce con efficacia, da ultimo, ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giurisdizionale*, Cedam, 2011, 321, il quale sottolinea che «l'intervento

Su quest'ultimo profilo ha insistito la giurisprudenza costituzionale, precisando che azione penale obbligatoria non significa consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, in quanto "limite implicito" al principio di cui all'art. 112 Cost., razionalmente inteso, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: la funzione dell'archiviazione - perciò - sta proprio «nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'(in)azione»<sup>6</sup>.

Come è noto, l'art. 409, comma 6, c.p.p. circoscriveva l'ambito applicativo del ricorso per cassazione all'ordinanza di archiviazione affetta da nullità per uno dei casi previsti dall'art. 127, comma 5, c.p.p., determinandosi così una situazione di inoppugnabilità del decreto (di archiviazione) che dava luogo ad una violazione dei diritti della persona offesa in relazione alle ipotesi di illegittima archiviazione *de plano* per effetto dell'omissione dell'avviso ex art. 408, comma 2, c.p.p., di anticipazione del provvedimento rispetto alla decorrenza del termine previsto dalla medesima norma o, infine, di erronea valutazione di inammissibilità dell'opposizione<sup>7</sup>.

La ri-sagomatura in senso estensivo del meccanismo di verifica è stata effettuata dalla Corte costituzionale sulla base del carattere unitario della disciplina dell'istituto dell'archiviazione e della portata ben più lesiva delle omissioni di cui si discute rispetto a quella, invece, suscettibile di costituire motivo di ricorso ex art. 409, comma 6, c.p.p.<sup>8</sup>.

Mediante una «conclusione che punta con evidente pragmatismo ad assimilare il regime di impugnabilità dei due provvedimenti terminativi della procedura di archiviazione, sul presupposto della loro sostanziale omologia contenutistica»<sup>9</sup>, la Corte, una volta stabilito che la legge riconosce espressamente alla persona offesa la legittimazione a ricorrere per cassazione contro l'ordinanza di archiviazione pronunciata dal giudice per le indagini preliminari in esito all'udienza in camera di consiglio celebrata senza che di tale udienza le sia stato dato avviso, si propone di verificare se un simile rimedio possa ricavarci dal sistema anche a favore della persona offesa che venga privata dell'avviso della richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, nonostante la sua espressa domanda di essere preavvertita.

La soluzione positiva - afferma conclusivamente - sembra quella più adeguata alla *ratio* dell'art. 409, comma 6, c.p.p., conformemente, del resto, all'esigenza, avvertita dal legislatore, di disciplinare l'archiviazione come istituto

del giudice in ambito archiviativo si pone quale baluardo per il rispetto dell'obbligo di agire del pubblico ministero e quindi quale strumento di verifica della sussistenza delle condizioni che lo legittimano ad astenersi dal procedere».

<sup>6</sup> C. cost., 15.2.1991, n. 88.

<sup>7</sup> Sottolineava siffatti profili problematici, tra gli altri, GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Giappichelli, 1994, 54.

<sup>8</sup> C. cost., 11-16.7.1991, n. 353.

<sup>9</sup> DEAN, FONTI, *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 36.

unitario, a prescindere dalla diversità sia delle scadenze procedurali sia della tipologia del provvedimento conclusivo<sup>10</sup>.

Conclusione significativa, trattandosi, tra l'altro, di casi di violazione aventi ad oggetto, tutti, diritti finalizzati nel loro complesso «ad instaurare una forma di vigilanza su un eventuale progetto di inazione rivelato dal pubblico ministero attraverso la richiesta di archiviazione»<sup>11</sup>.

E con la consapevolezza, di non secondario rilievo, che «la conformità alle regole dell'accertamento giurisdizionale predisposte dall'ordinamento processuale, si traduce essa stessa in un "valore" di giustizia della decisione»<sup>12</sup>.

Sulla scorta dell'intervento della Corte, la giurisprudenza ha da tempo affermato che l'omissione dell'avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa, nei casi in cui ne è prevista l'obbligatorietà, determina una violazione del principio del contraddittorio e, quindi, la nullità del provvedimento (decreto) conclusivo del procedimento<sup>13</sup>.

Allo stesso modo, il decreto pronunciato *de plano* è stato ritenuto nullo nel caso di emissione prima che sia decorso il termine per proporre opposizione<sup>14</sup>, nell'evenienza in cui il giudice avesse ommesso di pronunciarsi sull'inammissibilità dell'opposizione<sup>15</sup> e, infine, nell'ipotesi di illegittima declaratoria di inammissibilità<sup>16</sup>.

La dispendiosità del mezzo di impugnazione previsto dall'art. 409, comma 6, c.p.p. aveva determinato l'affiorare – non senza posizioni di segno contrario, tuttavia<sup>17</sup> – di orientamenti giurisprudenziali tesi ad avallare soluzioni preordinate a neutralizzare gli effetti lesivi scaturenti dall'omissione dell'avviso, essendosi esclusa l'abnormità sia del provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, rilevata l'illegittima omissione dell'avviso, avesse disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero<sup>18</sup>, sia del provvedimento di revoca del decreto precedente emesso da parte del giudice medesimo<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> C. cost., 11-16.7.1991, n. 353.

<sup>11</sup> TRANCHINA, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur.*, XXIII, 3. Ma v., anche, la puntuale analisi condotta da PANSINI, *Contributo dell'offeso e snodi procedurali*, Cedam, 2004, 33.

<sup>12</sup> BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in GAITO (diretto da), *Le impugnazioni penali*, II, Utet, 1988, 481.

<sup>13</sup> V., tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 26.11.2008, p.o. in proc. Giannino; Cass. pen., Sez. I, 1.4.2008, p.o. in proc. Bughetto. All'annullamento del decreto consegue, precisava la Corte, la restituzione degli atti al pubblico ministero quale soggetto gravato dall'onere di integrazione del contraddittorio.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. VI, 30.10.1998, p.o. in proc. Dogliosi.

<sup>15</sup> L'orientamento giurisprudenziale, più volte ribadito, è stato recepito da Cass. pen., S.U., 27.9.2007, Lo Mauro.

<sup>16</sup> V., per tutte, Cass. pen., S.U., 15.3.1996, Testa.

<sup>17</sup> V., infatti, Cass. pen., Sez. V, 24.10.2000, Gatto; Cass. pen., Sez. IV, 13.6.2006, Nuti.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. V, 20.9.2004, p.m. in proc. Avigliano.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. VI, 28 settembre 2004, Scopece.



## 2. La natura giuridica del reclamo.

All'esito di un così tormentato percorso, l'introduzione del nuovo strumento di verifica segna un momento di razionalizzazione del complessivo sistema di controllo dei provvedimenti giurisdizionali, coordinando efficacemente le plurime esigenze richiamate poco sopra.

Si tratta di una fase di verifica della legittimità di un provvedimento giurisdizionale che, sia pure al costo di qualche imperfezione sistematica, bene si presta ad essere collocato nell'ambito della categoria delle impugnazioni penali<sup>20</sup>, anche se la qualificazione riservata dalla Corte di cassazione alla procedura che, assumendo una denominazione autonoma rispetto agli schemi tradizionali (appello, ricorso per cassazione), più di tutte sembrerebbe somigliare ad essa potrebbe portare a diverse conclusioni.

Ed infatti, in riferimento all'opposizione prevista dall'art. 667, comma 4, c.p.p., la Suprema Corte ha precisato che essa, sebbene si collochi in un frangente successivo ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione e sia immediatamente correlata ai contenuti dello stesso, non costituisce (*rectius*: non ha natura di) mezzo di impugnazione, bensì di istanza diretta ad ottenere una decisione in contraddittorio<sup>21</sup>.

Se la suggestione che scaturisce dalla peculiare definizione normativa del nuovo modello di controllo non prende il sopravvento, diviene immediatamente percepibile che la procedura tipica della fase esecutiva appena richiamata si caratterizza per una spiccata esigenza di celerità la quale si connette alla valenza ed agli effetti della decisione sull'esecuzione di un titolo privativo della libertà personale, di talché appare giustificata sia la de-formalizzazione della prima fase del procedimento, sia l'articolazione dell'itinerario in segmenti – il secondo dei quali meramente eventuale – tra di loro diversificati sul terreno delle garanzie partecipative, sia l'attribuzione della competenza a conoscere dell'opposizione – la quale, non a caso, non deve essere motivata<sup>22</sup> – al medesimo giudice che ha emanato il provvedimento originario.

Le considerazioni appena svolte, però, non appaiono risolutive dal momento che anche l'opposizione prevista dall'art. 461 c.p.p., come è noto, costituisce un rimedio finalizzato a superare gli effetti di un provvedimento di condanna adottato *de plano* ed introdurre un primo grado di giudizio da tenersi dinanzi al medesimo ufficio giudiziario.

La dinamica appare formalmente sovrapponibile a quella prevista dall'art. 667, comma 4, c.p.p., se non che la giurisprudenza ha più volte ribadito che l'istituto previsto dall'art. 461 c.p.p. costituisce un mezzo di impugnazione al

<sup>20</sup> V., in questo senso, GIALUZ-CABIALE-DELLA TORRE, *op. cit.*, 179. *Contra*, però, BELVISO, *Problemi applicativi della nuova disciplina del procedimento archiviativo*, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini, 2018, 228.

<sup>21</sup> Cass. pen., S.U., 28.11.2001, Caspar Hawke.

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. I, 25.11.1991, Tedesco.

quale, conseguentemente, si applicano le disposizioni generali in materia di impugnazioni<sup>23</sup>.

Al di là delle qualificazioni giurisprudenziali, v'è da sottolineare che si tratta di procedimenti profondamente diversi e non assimilabili, soltanto quello di recente introduzione presentando i caratteri tipici dell'impugnazione, la quale, come si è già detto ricorrendo ad una definizione certamente espositiva di dati identificativi indiscutibili, è «quel rimedio esperibile da una parte al fine di rimuovere un provvedimento giurisdizionale svantaggioso, che si assume errato, mediante il controllo operato da un giudice differente da quello che ha emesso il provvedimento medesimo»<sup>24</sup>.

Non ci si trova, nel caso che ci occupa, dinanzi ad un'iniziativa semplicemente finalizzata a provocare una evoluzione qualitativa del modello decisionale, ma ad un atto formale finalizzato ad introdurre, secondo i meccanismi tipici dei rimedi devolutivi, una fase di controllo di legittimità.

Il giudice del reclamo, a differenza di quelli investiti delle forme di opposizione di cui si è appena discusso, non si pronuncia sul fatto, ma sull'atto, censurandolo laddove presenta i profili di illegittimità prospettati dal ricorrente (*rectius*: reclamante) secondo la logica tipica dei mezzi parzialmente devolutivi.

L'opzione onomastica desumibile dall'art. 410-*bis*, comma 2, c.p.p. potrebbe apparire, per lo più, l'effetto della individuazione del tribunale in composizione monocratica quale giudice funzionalmente competente a conoscere dell'impugnazione, essendosi immaginata l'incoerenza della diversa soluzione di denominare "appello" una procedura che si sarebbe svolta e sarebbe stata definita - secondo un itinerario, tra l'altro, di gran lunga semplificato - da un giudice diverso dalla corte d'appello.

Ma, bisogna riconoscere, la sottrazione del monopolio della procedura di "appello" alla correlativa corte non avrebbe costituito evenienza assolutamente inedita, dal momento che, come è noto, l'art. 39, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 attribuisce al tribunale in composizione monocratica la competenza a conoscere dell'appello proposto avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace.

Ha avuto un peso significativamente maggiore, verosimilmente, l'appartenenza di entrambi i giudici coinvolti nella sequenza delineata dalla norma al medesimo ufficio giudiziario.

Si è più volte ribadito che il controllo demandato al giudice dell'impugnazione mediante la proposizione del reclamo ha natura di controllo di legittimità e ciò lo si desume, in primo luogo, dalla tipologia dei motivi di reclamo,

<sup>23</sup> V., tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 28.5.1999, Prevedoni; Cass. pen., Sez. III, 123.3.1996, Signori. V., da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 26.9.2019, Reci, la quale ha chiarito che essa costituisce l'unico gravame esperibile avverso il decreto, non potendo proporsi ricorso per cassazione.

<sup>24</sup> TONINI, *Manuale di procedura penale*, Ed. XX, Giuffrè, 2019, 9933.

finalizzati esclusivamente a fare rilevare la nullità del provvedimento di archiviazione.

Si tratta, a ben guardare, di un mezzo a critica (super) vincolata, dal momento che l'art. 410-*bis*, comma 1, c.p.p. circo-scrive i casi di nullità del decreto di archiviazione all'inosservanza delle disposizioni concernenti gli avvisi previsti dall'art. 408, commi 2 e 3-*bis*, c.p.p., ovvero all'ipotesi di pronuncia, da parte del giudice per le indagini preliminari, del decreto medesimo senza attendere la decorrenza dei termini previsti per la proposizione dell'opposizione.

L'inosservanza dei termini da ultimo richiamati pone un problema di coerente raccordo tra le diverse disposizioni normative in ragione del fatto che lo sforzo di tipizzazione delle fattispecie invalidanti ha portato il legislatore a richiamare, nel testo dell'art. 410-*bis* c.p.p., i termini di cui all'art. 408 c.p.p. e non anche quello, identico sul versante funzionale sebbene più breve<sup>25</sup>, previsto dall'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p.

Soluzione intrinsecamente irragionevole dal momento che, si è evidenziato, il rispetto del termine assegnato con l'avviso è comunque (in ogni contesto) funzionale all'esercizio del diritto di prendere visione degli atti e, dunque, all'esercizio del diritto di interloquire nell'ambito del procedimento attraverso lo strumento dell'opposizione<sup>26</sup>.

Non rimane, allora che affidarsi ad un'interpretazione costituzionalmente orientata la quale, tra l'altro, può attrarre l'ipotesi alla sfera di applicazione del rimedio mediante la valorizzazione del quadro sistematico, oltre che – forse l'operazione si presenta, però, un poco forzata – del richiamo generale contenuto dell'art. 411, comma 1 c.p.p.

L'opzione alternativa non potrebbe che rinvenirsi nella censura di incostituzionalità della nuova normativa per violazione del principio costituzionale di ragionevolezza, opzione dispendiosa ma capace di rendere certi i margini di operatività di un rimedio il quale, altrimenti, si presenta come idoneo a produrre «una indefinita serie di orientamenti interpretativi di diverso segno che, tuttavia, difficilmente potranno trovare una composizione, stante l'impossibilità di ricorrere in Cassazione avverso l'ordinanza non impugnabile emessa dal Tribunale»<sup>27</sup>.

Il decreto è, infine, nullo allorché il giudice omette di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'opposizione – ossia, dispone l'archiviazione *de plano* senza esporre le ragioni per le quali ha (implicitamente) ritenuto inammissibile l'opposizione – o la dichiara inammissibile al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 410, comma 1, c.p.p.

---

<sup>25</sup> Ritiene che la differenziazione sia da ricondurre ad una svista del legislatore BELVISO, *op. cit.*, 224. Ma v., per una prima analisi di segno diverso, *id.*, *op. cit.*, 164.

<sup>26</sup> LA REGINA, *La nullità del provvedimento di archiviazione*, *cit.*, 217. V., inoltre, BELVISO, *op. cit.*, 225; *id.*, *op. cit.*, 165.

<sup>27</sup> BELVISO, *op. cit.*, 226.

Viene dunque ribadita, anche a livello positivo, l'obbligatorietà di una pronuncia sull'ammissibilità dell'opposizione, ma il giudice resta pur sempre libero – almeno sotto il profilo delle sanzioni processuali – di ignorarne il merito<sup>28</sup>.

La norma sembra delineare, inoltre, un numero chiuso di casi di inammissibilità, ragione per cui dovrebbe ritenersi confermata la giurisprudenza che ritiene impugnabile il decreto di archiviazione che abbia dichiarato l'inammissibilità dell'opposizione ritenendo superflue o, comunque, inutili le investigazioni suppletive a fronte dei risultati investigativi già acquisiti, in quanto la declaratoria comporta una valutazione prognostica sulla rilevanza degli elementi indicati ai fini della fondatezza della notizia di reato che andrebbe effettuata in sede camerale<sup>29</sup>.

L'art. 410-*bis*, comma 2, c.p.p. individua i casi di nullità dell'ordinanza di archiviazione, invece, mediante un rinvio all'art. 127, comma 5, c.p.p.

### 3. La procedura di reclamo e i suoi epiloghi.

Trattandosi di un mezzo di impugnazione, ad esso si applicano le disposizioni generali, ragione per cui la legittimazione ad impugnare – che l'art. 410-*bis* c.p.p. conferisce all'interessato – deve essere accompagnata da un interesse giuridicamente rilevante ex art. 568 c.p.p.

Pertanto, è evidente che, attesa la natura e gli effetti del provvedimento impugnato, sembra arduo rinvenire spazi per la proposizione del reclamo da parte di soggetti diversi dalla persona offesa dal reato o degli altri soggetti titolari del potere di proporre opposizione alla richiesta di archiviazione<sup>30</sup>.

Anche se, in relazione alla violazione dell'art. 127, comma 5 c.p.p., rilevante in virtù del richiamo contenuto nell'art. 410-*bis*, comma 2 c.p.p., non può escludersi la configurazione di un interesse all'impugnazione del pubblico ministero e della persona sottoposta alle indagini, indirizzato all'ottenimento di un segmento di contraddittorio nel cui ambito sostenere le proprie ragioni in vista di una diversa formula archiviativa.

Il riferimento ad una valutazione di fondatezza da parte del giudice, contenuto nell'art. 410-*bis*, comma 4 c.p.p., unitamente alla necessaria applicazione degli artt. 581 e 591 c.p.p., sono dati chiaramente indicativi di un conte-

---

<sup>28</sup> GIALUZ-CABIALE-DELLA TORRE, *op. cit.*, 179.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. V, 22.9.2006, Tommasi. In senso conforme v., altresì, GIALUZ-CABIALE-DELLA TORRE, *op. cit.*, 179: «La seconda fattispecie – caratterizzata da un testo di difficile lettura – sembra significare che il giudicante può dichiarare l'inammissibilità dell'opposizione solo nelle ipotesi ex art. 410, comma 1, c.p.p., vale a dire qualora non siano stati indicati "l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova"; non comporta invece l'automatica irricevibilità dell'opposizione il solo spirare del termine di cui all'art. 408 c.p.p., che conferma una natura squisitamente dilatoria, anziché perentoria».

<sup>30</sup> Il diritto di opposizione, infatti, ex artt. 90, commi 3 e 91, c.p.p., spetta anche ai prossimi congiunti della persona offesa che sia deceduta in conseguenza del reato e – purché a ciò espressamente autorizzati ex art. 92, comma 1, c.p.p. – agli enti ed alle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal fatto illecito

nuto composito del reclamo, il quale deve esporre, a pena di inammissibilità, i motivi che sorreggono la richiesta di annullamento.

Il termine per la proposizione del reclamo è fisso ed è stabilito in quindici giorni, decorrenti dal giorno in cui l'interessato ha avuto conoscenza del provvedimento conclusivo della procedura di archiviazione<sup>31</sup>.

Viene recepito a livello legislativo, pertanto, il criterio generale indicato da C. cost., 11-16 luglio 1991, n. 353, la quale, dopo avere esteso l'impugnabilità mediante ricorso per cassazione al decreto di archiviazione pronunciato illegittimamente dal giudice, rimetteva alla giurisprudenza il compito di ricavare dal sistema un criterio a cui riferire il momento di decorrenza del termine per ricorrere, non ultimo dei quali – segnalava la Corte, offrendo un plausibile suggerimento – quello della “effettiva conoscenza” del provvedimento, una regola da ritenere di ordine generale nel sistema del nuovo codice tutte le volte in cui non si sia provveduto a dare notizia al destinatario di un atto nei confronti del quale sia esperibile un qualche mezzo di gravame<sup>32</sup>.

La procedura di reclamo è caratterizzata da un'eccezionale semplificazione delle forme, preordinata a configurare un rimedio snello e dinamicamente lineare, particolarmente attento a non appesantire eccessivamente il carico di lavoro degli uffici di primo grado<sup>33</sup>.

Il giudice adito, ossia il tribunale in composizione monocratica, decide infatti mediante ordinanza non impugnabile in camera di consiglio, previa fissazione di un'udienza non partecipata l'avviso relativo alla quale deve essere dato – precisa l'art. 410-*bis*, comma 3 c.p.p. senza fare riferimento alla necessità di ricorrere al mezzo della notificazione – alle parti interessate.

Al di là dell'imperfezione terminologica insita nel ricorso alla nozione di parte in un frangente in cui ancora “parti” non ve ne sono, a prima vista potrebbe ritenersi che costoro vadano individuate nel reclamante e nella persona sottoposta alle indagini (oltre che, ovviamente, nei rispettivi difensori)<sup>34</sup>, ma la soluzione predetta, magari economica e maggiormente conforme alla *ratio* dell'istituto, oltre a non essere pienamente in linea con la scelta legislativa di non fornire ulteriori specificazioni, si pone in contrasto con una esegesi maggiormente attenta al carattere composito degli interessi coinvolti nella procedura di reclamo.

Essi invero, si proiettano sul prosieguo dell'itinerario procedimentale e in parte ne pretendono la riattivazione in ragione della violazione denunciata, a

---

<sup>31</sup> Ritieni che il termine non sia stabilito a pena di decadenza, criticando nell'occasione la leggerezza eccessiva del legislatore, LA REGINA, *Il procedimento di archiviazione (commi 31-36 l. n. 103/2017)*, cit., 125.

<sup>32</sup> V., in senso adesivo rispetto alla soluzione di matrice giurisprudenziale, stante altresì l'oggettiva inapplicabilità della regola prevista dall'art. 585, co. 2 lett. a) c.p.p., DEAN, FONTI, *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 36.

<sup>33</sup> LA REGINA, *La nullità del provvedimento di archiviazione*, cit., 217.

<sup>34</sup> Secondo LA REGINA, *La nullità del provvedimento di archiviazione*, cit., 218, l'avviso dovrebbe essere dato alla persona offesa reclamante, all'indagato, al difensore ed al pubblico ministero.

fronte di una prospettiva di segno contrario presumibilmente coltivata dalla persona sottoposta alle indagini e, il più delle volte, dal pubblico ministero.

Vi è, inoltre, da salvaguardare un'esigenza di certezza e (sia pure soltanto) relativa stabilità dell'esito procedimentale a fronte di situazioni caratterizzate da difetti conoscitivi del provvedimento conclusivo della procedura di archiviazione da parte di persone offese diverse, tutte ipoteticamente in termini per fare valere violazioni ad esse riferibili.

Un'attenta valutazione degli interessi in gioco ed un'esigenza di raccordo con la norma generale di cui all'art. 127 c.p.p. portano a ritenere, allora, che l'ambito del contraddittorio debba essere esteso al pubblico ministero e, preferibilmente, a tutte le persone offese diverse dal reclamante, poste così nelle condizioni di presentare, nei termini prescritti dalla norma e di cui si dirà a breve, una memoria finalizzata ed estendere l'oggetto della procedura e coagulare in una decisione unica la valutazione di tutti i profili di illegittimità dell'atto.

Ovviamente, ai fini della definizione del procedimento di reclamo il tribunale deve inviare alla procura della Repubblica richiesta di trasmissione del fascicolo delle indagini relative al procedimento archiviato, fascicolo restituito dal giudice per le indagini preliminari a seguito dell'emissione del provvedimento di archiviazione.

La disposizione prevede che le parti - quelle che hanno ricevuto l'avviso, naturalmente - possano interloquire mediante la presentazione di memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza, dandosi quindi vita ad un contraddittorio di tipo cartolare il pieno ed efficace esplicarsi del quale presuppone, ancorché nel silenzio della legge, il diritto delle parti medesime di esaminare il fascicolo delle indagini preliminari presso la cancelleria del tribunale.

L'epilogo del procedimento di reclamo è diversificato ed è formalizzato in un provvedimento che può contenere tre diverse tipologie di accertamento.

Se il reclamo è fondato - viene, quindi, verificata l'effettiva sussistenza della violazione denunciata - il tribunale pronuncia ordinanza di annullamento del provvedimento di archiviazione e dispone la restituzione del fascicolo al giudice che lo ha emesso.

Superata l'impostazione giurisprudenziale che differenziava gli esiti a seconda della riconducibilità della violazione da un atto del giudice<sup>35</sup> ovvero del pubblico ministero<sup>36</sup>, diviene onere del giudice rimediare alla violazione mediante la fissazione di un'udienza camerale ex art. 410, comma 3 c.p.p.

---

<sup>35</sup> V., infatti, Cass. pen., Sez. VI, 17.9.2014, p.o. in proc. Marini, in relazione al caso di omessa valutazione di un'opposizione rituale.

<sup>36</sup> V., rispetto all'ipotesi di mancato avviso alla persona offesa, Cass. pen., Sez. II, 25.3.2015, Istituto Nazionale di Previdenza Sociale. V., rispetto al caso di archiviazione prima della decorrenza del termine, Cass. pen., Sez. VI, 30.10.1998, p.o. in proc. Doglioni.

ovvero, nei casi riconducibili ad errori del pubblico ministero, la notificazione di un avviso contenente l'indicazione del termine per proporre opposizione<sup>37</sup>.

Sembra di potersi in ogni caso escludere un trasferimento di atti dal giudice per le indagini preliminari al pubblico ministero, evenienza che, oltre ad apparire inutilmente dispendiosa, nel silenzio della legge circa i successivi sviluppi dell'itinerario procedimentale non escluderebbe che il pubblico ministero possa assumere determinazioni diverse rispetto a quelle che condussero all'emanazione del provvedimento impugnato.

Se, invece, il reclamo è ritenuto infondato, il tribunale deve adottare un'ordinanza di conferma del provvedimento, apparendo pertanto insufficiente l'enunciazione di una mera statuizione di rigetto.

La soluzione appare, a stretto rigore, incoerente rispetto alla tipologia dei vizi denunciabili con il mezzo d'impugnazione ed alla natura della verifica effettuata dal tribunale, dal momento che l'oggetto del controllo non è costituito dalla fondatezza della decisione, ma dalla tecnica procedimentale con la quale il risultato è stato ottenuto, ragione per cui sarebbe apparsa più lineare una determinazione limitata alla presa d'atto dell'infondatezza di motivi, con conseguente rigetto di essi<sup>38</sup>.

Allorché, infine, ravvisi una causa di inammissibilità del reclamo, il tribunale deve limitarsi a dichiarare inammissibile l'atto, senza adottare ulteriori statuizioni in riferimento al provvedimento impugnato.

In entrambi i casi, tuttavia, l'ordinanza deve contenere una statuizione di condanna della parte privata alle spese del procedimento e, in caso di pronuncia di inammissibilità, al pagamento in favore della cassa delle ammende di una somma corrispondente alla previsione contenuta nell'art. 616, comma 1, c.p.p.

Si è già fatto notare che il procedimento si conclude mediante ordinanza non impugnabile, soluzione che aggrava il costo di una decongestione che sembra destinato ad essere pagato soprattutto, ma non solo, dalla persona offesa<sup>39</sup>.

V'è da dire, innanzitutto, che la regola dell'inoppugnabilità è stata ribadita in sede giurisprudenziale alla luce del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione<sup>40</sup> e, conseguendo alla proposizione del ricorso per cassazione

---

<sup>37</sup> Si tratta della soluzione ipotizzata da LA REGINA, *op. cit.*, 218. La stessa viene ribadita in *Id.*, *op. cit.*, 861.

<sup>38</sup> Compie questa notazione rispetto al ricorso per cassazione, difatti definito «l'archetipo dell'azione d'impugnativa, ossia della domanda volta a far valere i vizi della decisione», BARGI, *op. cit.*, 481.

<sup>39</sup> LA REGINA, *op. cit.*, 216. Sulla non impugnabilità del provvedimento v., altresì, Monaco, *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in cassazione*, in (a cura di) SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pacini, 2017, 281, la quale intravede nell'istituto di cui all'art. 414 c.p.p. l'unico rimedio a tutela della persona offesa.

<sup>40</sup> V., da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 6.9.2018, n. 40127, la quale ha escluso che siffatta preclusione si ponga in contrasto con l'art. 24 Cost. V., nello stesso senso e poco prima, Cass. pen., Sez. VI, 23.3.2018, n. 17535.

la declaratoria di inammissibilità, è intuibile l'enorme rilievo che la vicenda assume anche sul versante economico alla luce delle gravose statuizioni contenute nell'art. 616 c.p.p.

Ma deve essere anche evidenziato che la caratterizzazione del procedimento e la tipologia dei vizi suscettibili di denuncia mediante il mezzo del reclamo rischia di generare dei vuoti di tutela soprattutto - ma non soltanto - in relazione ai casi in cui l'esigenza di una verifica si ponga a fronte di una violazione che si colloca nell'ambito della procedura di impugnazione.

La consapevolezza del possibile verificarsi di evenienze siffatte ha determinato la Corte di cassazione a configurare la possibilità di ricorrere a strumenti di verifica differenti, quale l'istanza di revoca della decisione<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23.3.2018, n. 17535.



# LA “NUOVA” LEGITTIMA DIFESA SULLA BILANCIA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI\*

Ultime dalla Suprema Corte

**Mattia Romano**

**Sommario:** 1. Legittima difesa ieri ed oggi. – **1.1.** L’operatività dell’esimente e l’incidenza della riforma del 2006. – **1.2.** La riforma del 2019 e la difesa “sempre” legittima. – **2.** I primi significativi arresti della suprema corte sul punto. – **3.** Riflessioni conclusive.

## ABSTRACT

*Il presente contributo si prefigge l’obiettivo di fare il punto sullo “stato dell’arte” in relazione al tema della legittima difesa. In particolare, poste le doverose premesse sull’evoluzione normativa dell’istituto e, in specie, sulla recentissima riforma, si procederà ad un’analisi delle sentenze di maggior rilievo della Suprema Corte. L’attenzione verrà indirizzata alle pronunce che hanno saggiato per prime le problematiche afferenti alle presunzioni di recente introduzione e alla riforma dell’eccesso colposo.*

*This paper has the objective to analyse the theme of self-defense. In particular, given the necessary premises on the regulatory evolution of the institution and, in particular, on the recent reform, an analysis of the most important judgments of the Supreme Court will be carried out. Attention will be directed to the pronouncements that first tested the problems related to the recently introduced presumptions and to the reform of culpable excess.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. Legittima difesa ieri e oggi.

### 1.1. L'operatività dell'esimente e l'incidenza della riforma del 2006.

L'istituto della legittima difesa ha origini assai risalenti nel tempo e pone le proprie basi nel millenario brocardo «*vim vi repellere licet*» positivizzato all'interno del Digesto giustiniano.

La portata del principio è evidente e parimenti palese ne è l'imprescindibilità per la completezza di un sistema giuridico.

Difatti, vero è che gli ordinamenti moderni non vedono di buon grado le forme di autotutela che prevedono l'esercizio della “forza”, di cui lo Stato assume ad essere monopolista, ma vero è anche che non sarebbe opportuno muovere un rimprovero nei confronti del cittadino che avesse risposto in maniera proporzionata ad un'offesa ingiusta e non altrimenti evitabile se non con l'utilizzo della forza.

L'imprescindibilità di tutelare il consociato che reagisca nelle ipotesi come sopra peculiarmente caratterizzate ha portato, dunque, alla codificazione del suddetto principio nell'art. 52 del Codice Rocco e ad una conseguente perimetrazione dell'area del penalmente rilevante, mediante la lettura in combinato disposto con l'art. 55 c.p., posto a disciplinare le ipotesi di eccesso colposo.

Ed infatti, laddove sussista una “collisione di interessi” si rende necessario effettuare una valutazione alla stregua di ciò che si ritiene oggettivamente “giusto”, inibendo, pertanto, ogni conseguenza giuridica nei confronti dell'autore della condotta necessitata e proporzionata all'offesa *contra ius*.

In altri termini, viene effettuato un bilanciamento fra gli interessi confliggenti all'esito del quale si sacrifica un determinato bene giuridico al fine di salvaguardarne un altro ritenuto, in tal caso, “prevalente”, elidendo così le conseguenze giuridiche (anche civilistiche<sup>1</sup>) per il soggetto agente.

L'operatività della causa di non punibilità (in senso lato, *rectius* causa di giustificazione) in parola è sottoposta alla condizione dell'integrazione di una pluralità di *essentialia* previsti dalla norma.

Nello specifico, ciò che si richiede per “scriminare” il comportamento violento dell'agente è che detto contegno sia stato reso necessario dalla sussistenza di un'aggressione attuale e ingiusta da parte di un altro consociato.

---

<sup>1</sup> Va infatti rammentato che, secondo parte della dottrina, all'interno della categoria delle esimenti possono distinguersi le c.d. cause di giustificazione, che elidono *in toto* l'antigiuridicità del fatto, le scriminanti, atte ad elidere la sola antigiuridicità penale, lasciando intatte le eventuali pretese civilistiche e le scusanti, che elidono la rimproverabilità sotto il profilo soggettivo, per cui un fatto antigiuridico non è soggettivamente rimproverabile (per un approfondimento sul punto si fa rinvio a MEZZETTI, *Diritto Penale, casi e materiali*, Zanichelli, 2017).

Tuttavia, onde evitare di incorrere in un indiscriminato uso della forza in risposta a qualsivoglia aggressione ingiusta, si richiede che la contro-reazione sia non solo necessaria ma anche proporzionata rispetto all'offesa.

Proprio con riferimento al requisito della proporzione, già nel 2006<sup>2</sup> l'istituto in parola è stato sottoposto ad un intervento di *maquillage* ad opera del Legislatore, atto a disciplinare specificamente la legittima difesa c.d. "domiciliare".

Detta novella ha introdotto una presunzione di proporzione nei casi in cui «taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione».

E la portata della riforma non si è fermata qui. Infatti al comma terzo si è previsto che «la disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

In maniera più che ragionevole, è stata approntata, dunque, una maggior tutela nei confronti dei soggetti che esercitino la propria "reazione" avverso un'aggressione ingiusta all'interno della propria dimora o presso il luogo in cui si esercita un'attività commerciale o affine.

Il Legislatore si è spinto sino ad affermare che la difesa domiciliare risulta "legittima" non solo nell'ipotesi in cui tale lesione sia correlata ad una reazione (che, in tal caso, si presume proporzionata) ad un'aggressione ingiusta del bene giuridico dell'incolumità personale ma anche delle *res*, sempre che non vi sia desistenza e purché vi sia pericolo di aggressione.

Occorre, tuttavia, interrogarsi sul significato di quest'ultima locuzione<sup>3</sup>.

Infatti, l'art. 52, secondo comma, non chiarisce a quali beni si riferisca detto pericolo di aggressione (bene vita, incolumità personale o anche i soli beni patrimoniali).

Pertanto, si rende necessaria una riflessione sul concetto di giustificante.

Si può dunque ritenere che il bene vita possa soccombere per la sola tutela di un diritto patrimoniale? È lo stesso legislatore del 1930 a risolvere il supposto interrogativo.

La parte speciale del nostro codice penale è strutturata in *climax* discendente: si parte dalla tutela dei beni giuridici che hanno rilievo primario degradando verso quelli ritenuti meno rilevanti e, in specie, si passa dalla tutela dello Stato verso la tutela dell'individuo (vita e incolumità), per giungere infine alla tutela degli interessi economici.

Appare, dunque, chiaro sin dal principio che tale pericolo non possa che intendersi riferito alla vita e alla incolumità delle persone presenti nel domici-

<sup>2</sup> Con la l. 13 febbraio 2006, n. 59.

<sup>3</sup> Per una più approfondita riflessione sul punto si fa rinvio a ROMANO, *La difesa è "sempre" legittima?*, in *Illyrus, International Scientific Review*, n. 11 (n. II 2018).

lio. E a certiorare quanto appena affermato sono gli stessi lavori preparatori della l. 59/2006 ove si specificava che «il pericolo di aggressione si riferisce alle persone e non alle cose...» e ancora «deve esserci altresì un pericolo oggettivo di aggressione ovviamente alla persona (...) lo chiarisco in questa sede per evitare equivoci».

Ma gli equivoci ci sono stati e, a quanto pare, continuano ad esserci anche in seguito all'ultima novella (*amplius infra*).

Infatti, più volte si sono resi necessari interventi della Suprema Corte che, *ex aliis* con la sentenza Cass. pen. n. 28802/2014, ha ribadito che «la presunzione legale di proporzionalità nella legittima difesa domiciliare non potrà giustificare l'uccisione con uso legittimo delle armi di un ladro introdottosi in casa quando sia messo in pericolo soltanto un bene patrimoniale dell'agredito».

D'altronde, diversamente opinando si andrebbe irrimediabilmente a ledere il principio sancito dall'art. 2, comma 2, della Convenzione EDU, che ammette la liceità dell'uccisione di una persona da parte del soggetto aggredito soltanto ove tale comportamento risulti “assolutamente necessario” al fine di respingere una violenza illegittima in atto contro una persona e non una semplice aggressione al patrimonio.

## 1.2. La riforma del 2019 e la difesa “sempre” legittima.

«Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste **sempre** il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione».

E ancora.

«Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce **sempre** in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

Queste le novelle all'art. 52 c.p., introdotte con la l. 36/2019.

“Sempre”<sup>4</sup>. Non può certamente affermarsi che l'utilizzo dell'avverbio in parola sia invalso nella tecnica di redazione delle norme giuridiche, specie in

---

<sup>4</sup> Sulla dubbia opportunità di una siffatta formulazione della novella ha avuto modo di esprimersi l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale che con un comunicato pubblicato su [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) ha evidenziato l'evidente inganno che si cela dietro l'utilizzo di un termine apparentemente avente la funzione di generalizzare la portata operativa dell'istituto ma che, in concreto, non può che scontrarsi con la necessità dell'integrazione di tutti gli altri *essentialia* della scriminante (attualità dell'offesa e necessità della difesa) che ne ridimensionano inevitabilmente (quanto opportunamente) l'applicazione. E, concludono i professori nel loro comunicato, “chi propone la riforma sa benissimo tutto ciò ma, non dicendolo all'opinione pubbli-

ambito penalistico, specie con riferimento a norme aventi carattere derogatorio rispetto alle fattispecie incriminatrici.

La ragione è presto che spiegata.

È, infatti, assai raro che la risposta ad un quesito giuridico sia “sì” o “no”. La risposta alla maggior parte degli interrogativi di cui è costellata la Via della Legge è: “dipende”.

Ed infatti, innumerevoli sono le variabili che incidono sull’operatività di ciascun istituto, essendo parimenti innumerevoli le sfaccettature della realtà fenomenica che costituiscono le circostanze fattuali che il giurista deve tenere in considerazione. Ciò in quanto è proprio la valutazione di dette circostanze che, ad esempio, porta a quel giudizio di “giusto oggettivo” legittimante l’operatività dell’esimente della legittima difesa.

Ebbene, una siffatta nuova formulazione della norma sembrerebbe condurre, non solo ad una presunzione di proporzione come avveniva già ad opera della novella del 2006, quanto piuttosto ad una vera e propria presunzione assoluta di legittimità della reazione nel caso in cui l’aggressione sia caratterizzata dall’uso di armi (*rectius*, anche dalla sola minaccia dell’uso di armi): al comma quarto sembrerebbe essere stato introdotto, dunque, un vero e proprio automatismo atto a superare anche il complesso accertamento circa la “necessità della difesa”.

Il giudice di merito, dunque, dovrebbe limitarsi ad accertare che il fatto sia stato commesso nei casi di cui all’art. 614 c.p. e che la reazione dell’agente fosse volta a respingere l’intrusione violenta o anche solo connotata dalla “minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica”.

La maggiore ampiezza della presunzione in parola, rispetto a quella introdotta nel 2006 è, dunque, indubbia, interessando non solo il requisito della proporzione ma anche quello della necessità della difesa.

Parrebbe così venire irrimediabilmente eroso il carattere eccezionale e di *extrema ratio* della forma di autotutela della legittima difesa.

Se, infatti, la presunzione di proporzione può essere ritenuta ragionevole, a fronte di un’intrusione violenta nei luoghi di cui all’art. 614 c.p., non è altrettanto semplice affermare lo stesso con riferimento alla presunzione afferente al requisito della necessità della difesa, in quanto, ove fossero possibili condotte di reazione alternative lecite o meno lesive, l’offesa nei confronti dell’aggressore diventerebbe quasi un *commodus discessus*.

Ed infatti, parte della dottrina ha sin da subito espresso le proprie perplessità con riferimento a tale presunzione circa il requisito di necessità della difesa, paventando una radicale illegittimità della stessa per violazione dell’art. 3 della Costituzione<sup>5</sup>.

---

ca, non rende un servizio alla verità. A meno che non intenda davvero presentare un progetto illegittimo, che voglia mandare assolto l’agredito che si difende a prescindere da ogni necessità e proporzione. Ma tale esito, come prima osservato, risulta contrario ai principi costituzionali, convenzionali e internazionali”.

<sup>5</sup> In tal senso GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen.*

Peraltro, ove dalla reazione conseguisse un esito letale, il requisito della necessità dovrebbe ritenersi convenzionalmente imposto dalla Convenzione EDU e dunque non suscettibile di alcuna presunzione legale<sup>6</sup>.

Ma la l. 36/2019 non si è limitata a novellare unicamente l'art. 52 c.p., incidendo profondamente anche sulla disposizione di cui all'art. 55 del Codice.

Ed infatti, viene introdotto un nuovo ultimo comma in cui si attribuisce rilievo decisivo alla sussistenza di una minorata difesa e allo stato di «grave turbamento» del soggetto che reagisca ad un'offesa alla propria o altrui incolumità.

Una siffatta riforma dell'eccesso colposo, per la verità, appare ispirarsi, neppure troppo velatamente a quanto già previsto in taluni orientamenti stranieri in cui già da tempo si prevede la non punibilità dell'eccesso colposo di legittima difesa nelle ipotesi di turbamento, confusione, paura o spavento<sup>7</sup>.

Va da sé che il grave turbamento deve, all'evidenza, essere valutato in maniera obbiettiva, dovendosi accertare che lo stesso si fosse effettivamente determinato per circostanze oggettive della concreta situazione in cui si è manifestato, per come peraltro precisato dallo stesso Presidente della Repubblica nella lettera di accompagnamento del testo promulgato indirizzata alle più alte cariche dello Stato<sup>8</sup>.

Detta impostazione appare ben distante rispetto alla tecnica legislativa utilizzata per la redazione del testo originario del Codice Rocco, caratterizzato da norme in cui vige il “primato dell'oggettività del fatto di reato” e in cui non si valorizzano le dinamiche psicologiche che determinano il soggetto agente ed è da assimilare ad una differente impostazione, tratta da ordinamenti stranieri, quale quello tedesco, in cui si tende a dare maggior peso al profilo “soggettivo”, il cui accertamento avviene, in ogni caso, mediante l'analisi di dati oggettivi.

Ad ogni buon conto, la modifica di tale norma, tuttavia, non ha all'evidenza inciso in alcun modo sulla indispensabilità della sussistenza della necessità di difendersi da un pericolo attuale di un'offesa ingiusta, versandosi altrimenti al di fuori del perimetro operativo dell'art. 52 e, dunque, 55 c.p.

D'altra parte, anche il fatto che il Legislatore abbia ritenuto opportuno novellare l'art. 55 – piuttosto che l'art. 59 c.p.<sup>9</sup> – assume un non secondario

---

Cont, su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>6</sup> Ed invero, come già evidenziato *supra sub* par. 1.1. l'uso della forza letale a fini di difesa in assenza dell'effettiva necessità sarebbe contrario a Costituzione per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., in rapporto all'art. 2, comma 2, lett. a) C.e.d.u.

<sup>7</sup> In via esemplificativa, nel codice penale tedesco al § 33 si prevede la non punibilità per l'eccesso (*Überschreitung der Notwehr*) aus *Verwirrung, Furcht oder Schrecken*, in maniera pressoché sovrapponibile alla previsione del novellato art. 55 c.p.

<sup>8</sup> “È evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obbiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta”, scrive il Presidente Mattarella ai Presidenti delle Camere e del Consiglio.

<sup>9</sup> Ed infatti, differentemente dalla riforma in esame, un progetto di legge approvato nella XVII

rilievo in quanto determina un'esclusione della punibilità nei soli casi in cui l'eccesso di legittima difesa sia colposo e quindi punibile ex art. 55, comma 1, ma non anche quando la legittima difesa sia meramente putativa<sup>10</sup>.

Ne consegue che ad essere stato rimodellato non è il confine della causa di giustificazione obiettiva: è avvenuta una restrizione della responsabilità penale, per ragioni afferenti al profilo soggettivo, senza intaccare in alcun modo il perimetro di ciò che si ritiene "obbiettivamente giustificato".

Parrebbe dunque opportuno affermarsi che, diversamente dall'ipotesi di elisione della antigiuridicità del fatto di cui all'art. 52 c.p., l'ipotesi di cui all'art. 55 c.p. codificherebbe una mera "scusante", fondata su di un giudizio di "inesigibilità" di un comportamento alternativo, che tiene in debita considerazione la difficoltà di reagire in maniera ponderata in situazioni di minorata difesa o di grave turbamento dovuti ad una situazione di pericolo in atto.

In altri termini, a ben vedere, dopo la recente novella, l'accertamento relativo alla sussistenza scriminante della legittima difesa e dell'eccesso colposo è ben differente a seconda che la dinamica sia avvenuta all'interno o al di fuori dei luoghi di cui all'art. 614 c.p.

In specie, nelle ipotesi di legittima difesa non domiciliare continua ad operare un giudizio *ex ante* su base parziale delle specifiche circostanze fattuali che connotano la fattispecie concreta, rimesso all'apprezzamento del Giudice.

Detto apprezzamento deve avvenire tenendo conto di tutti gli elementi fattuali, anche antecedenti all'azione, onde verificare l'eventuale insorgenza di un erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione, senza tener conto, a norma dell'art. 90 c.p., degli stati emotivi.

Differente è invece l'accertamento da effettuarsi nel caso in cui l'aggressione avvenga nei luoghi di cui all'art. 614 c.p.

Ed infatti, in tali ipotesi operano le predette presunzioni di proporzione e assume rilievo l'eventuale sussistenza di uno stato di grave turbamento o di una minorata difesa, derivanti dalla situazione di pericolo, con la conseguenza che l'esimente può trovare piena operatività anche nei confronti di colui che ecceda i limiti di cui all'art. 52 c.p., a norma del novellato art. 55.

Ad ogni buon conto, va rimarcato come in sede di promulgazione della l. 36/2019, il Capo dello Stato abbia inteso porre alcuni caveat sulla portata della novella.

legislatura dalla Camera da una maggioranza ben differente da quella odierna (il cui primo firmatario, peraltro, era l'attuale vice-presidente del CSM On. Ermini) prevedeva una modifica dell'art. 59 (errore sulla situazione scriminante), con conseguente non punibilità dell'eccesso colposo anche in danno di un supposto aggressore. Ed infatti, segnatamente si prevedeva che *"la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o sessuale"*.

<sup>10</sup> In tal senso, cfr. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5/2019.

In primo luogo, ha ritenuto opportuno ribadire l'immanenza del principio per cui la responsabilità nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini è dello Stato, essendo del tutto residuali ed eccezionali le ipotesi in cui si legittima l'autotutela.

In secondo luogo, e consequenzialmente rispetto all'assunto di cui sopra, ha ribadito la *ratio* dell'istituto della legittima difesa, destinato ad operare nelle sole ipotesi in cui vi sia una condizione di “necessità”.

Conclusa la disamina strutturale della riforma, si rende necessario effettuare un'analisi dell'interpretazione resane dai giudici delle leggi.

### 3. I primi significativi arresti della Suprema Corte sul punto.

Prima del concludersi dell'anno solare in cui il Legislatore è intervenuto sulla legittima difesa, la Suprema Corte ha avuto modo di intervenire con una pluralità di pronunce sul punto, talune delle quali pregevolmente caratterizzate da una – necessaria quanto accorta – attività ermeneutica delle novellate disposizioni.

Con una prima pronuncia<sup>11</sup>, la cui udienza si è tenuta poco più di un mese dopo l'entrata in vigore della riforma, ha sinteticamente chiosato sulla portata della novella normativa, effettuando una prima *actio fiunium regundorum* sull'attuale operatività dell'istituto.

I giudici di legittimità si sono soffermati, in primo luogo, sulla portata delle presunzioni di proporzionalità della reazione di cui al comma 3 dell'art. 52 e di sussistenza della scriminante di cui al successivo comma 4.

La assoluta centralità dei temi afferenti la proporzione e l'eccesso colposo è più che palese in quanto, come evidenziato dai professori dell'AIPDP nel comunicato succitato, colui che viene aggredito e che è costretto a difendersi “non ha la bilancia in mano”<sup>12</sup>.

Ebbene, sconfessando lo *slogan* dei redattori della novella, la Suprema Corte sottolinea come l'utilizzo dell'avverbio “sempre” rafforzi solo all'apparenza le suddette presunzioni, lungi dal renderle assolute e dal generalizzare l'operatività dell'esimente.

A *fortiori*, evidenzia la Corte, ciò è comprovato dalla permanenza nell'ordinamento dell'eccesso colposo, seppur parzialmente modificato dalla medesima riforma (per come si vedrà *infra*).

Appare dunque tutt'altro che peregrina l'affermazione per cui sarebbe corretto non tanto affermarsi che “la difesa è sempre legittima” quanto piuttosto, seppur tautologicamente, che «la legittima difesa è sempre legittima»<sup>13</sup>.

Ed infatti, nel prosieguo della motivazione i giudici sottolineano che, in primo luogo le predette presunzioni sono ancorate a dei limiti testuali ben

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. V, 2.10.2019, n. 40414 (ud. 13.06.2019).

<sup>12</sup> “*Non habet staderam in manu*”.

<sup>13</sup> Così PULITANÒ, *op. cit.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5/2019.



precisi (es. la violenza o minaccia di cui al comma quarto) e che, in ogni caso, possono operare unicamente ove sussistano i presupposti generali per l'operatività dell'esimente della legittima difesa.

In sintesi, ciò che chiarisce la Corte è che, al contrario di quanto propagandato, la difesa non è *sempre* legittima, ma lo è unicamente nelle ipotesi in cui vi sia una aggressione ingiusta e attuale e allorché la reazione sia stata necessaria, non essendo in alcun modo mutata la *ratio* dell'istituto. D'altro canto, differentemente opinando, si lederebbero irrimediabilmente una pluralità di principi sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione EDU.

Ancor più ricca di spunti di riflessione è la sentenza Cass. pen., n. 49883 del 10.12.2019 della III sezione penale (ud. 10.10.19), con cui la Corte ha affrontato non solo il tema dell'operatività in genere della novellata legittima difesa, bensì anche le ulteriori delicatissime tematiche della tutela dei soli beni patrimoniali e del grave turbamento.

Sotto il primo profilo, inevitabilmente, le conclusioni sono state pressoché le medesime della precedentemente citata Cass. pen., Sez. V, n. 40414/2019.

Ed invero, ripercorrendo gli arresti giurisprudenziali successivi alla novella del 2006, la Corte evidenzia l'impossibilità di fruire della presunzione di proporzione in assenza degli *essentialia* per l'operatività della legittima difesa, quali l'attualità dell'offesa ingiusta e la necessità della reazione, all'evidenza prodromici ad una eventuale valutazione in punto di proporzionalità.

Nessuna riforma del dato testuale dell'art. 52 c.p. può infatti superare i principi costantemente rammentati dalla Corte Costituzionale secondo cui l'istituto della legittima difesa postula inevitabilmente una reazione ad un'offesa in atto, non essendo in alcun modo configurabile allorché l'offesa si sia esaurita o laddove l'intento della reazione sia quello di prevenire un male futuro o meramente eventuale (*ex plurimis*, C. Cost. Sent. n. 225/1987).

La seconda questione analizzata dalla Corte nella pronuncia in esame ha ad oggetto un ricorrente interrogativo (già affrontato e risolto conformemente *supra sub I.I.*): può la legittima difesa – e in particolare la presunzione di cui al secondo comma<sup>14</sup> – operare nelle ipotesi di aggressione dei soli beni patrimoniali?

Come evidenziato *supra*, pare che i *caveat* posti nella relazione alla riforma del 2006 e le statuizioni della Suprema Corte sul punto non siano riusciti a porre fine ai dubbi interpretativi sul comma in parola, inciso dalla riforma del 2019 per la sola aggiunta dell'avverbio “*sempre*”.

Ebbene, precisa la Corte che, sotto questo profilo, nulla è cambiato.

Difatti, ove sussista la necessità della difesa contro un pericolo attuale di un'offesa indirizzata ai soli beni patrimoniali la reazione violenta potrà esse-

---

<sup>14</sup> La Suprema Corte, nella pronuncia in esame non analizza la proporzione di cui al novellato comma 4, in quanto non applicabile al caso in esame, pur tuttavia esprimendo dei principi di carattere generale che possono orientare la lettura dell'intera disposizione *secundum constitutionem*.

re scriminata e potrà operare la presunzione di proporzionalità solo laddove non vi sia desistenza dall'azione criminale e laddove da ciò consegua un **pericolo di aggressione personale**.

Si rende pertanto necessario un giudizio prognostico sulla ragionevole possibilità che il malintenzionato, pur mirando a commettere unicamente reati contro il patrimonio e avendo attualmente offeso unicamente quel bene giuridico, possa porre in essere repentinamente azioni lesive del bene giuridico ulteriore dell'incolumità personale o persino della vita laddove non vi sia una reazione violenta – ma necessaria – del soggetto i cui beni sono stati aggrediti.

Infine, nella pronuncia in esame, viene analizzato il delicato tema dell'eccesso colposo “non punibile” in quanto avvenuto in ragione di una minorata difesa o di un grave turbamento.

Infatti, in tema di eccesso colposo, la novella legislativa ha, all'evidenza, ristretto l'area delle condotte penalmente rilevanti e stabilito l'esclusione dalla punibilità quando l'aggredito abbia reagito a tutela della propria o altrui incolumità «in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto». La difficile ricostruzione di detto aspetto psicologico diviene dunque un onere del giudice di merito, il quale, come già premesso dallo stesso Capo dello Stato, non potrà che attenersi a parametri oggettivi, non potendo assumere alcun rilievo gli stati d'animo che abbiano ragioni e cause già esistenti o diverse<sup>15</sup>.

Ed è proprio questo accertamento che la Suprema Corte richiede di effettuare al giudice della fase rescissoria, tenuto a vagliare la sussistenza degli estremi per l'applicabilità della causa di non punibilità *latu sensu* di cui all'art. 55 c.p.

In via preliminare, i giudici di legittimità precisano come sia del tutto indubbia l'applicabilità della disciplina novellata alle condotte occorse antecedentemente alla riforma, in ossequio al principio della retroattività *in bonam partem* di cui all'art. 2 c.p., per come costantemente interpretato dalla giurisprudenza (in motivazione viene richiamata Cass. pen., Sez. IV, n. 28782/2019).

Ciò posto, viene evidenziato, come la disposizione riformata non abbia introdotto una nuova giustificante da aggiungersi al novero di quelle già codificate, non essendovi una totale elisione dell'antigiuridicità delle condotte colpose rispetto alle quali sia stata accertata la violazione di una regola cautelare<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Appare particolarmente calzante un parallelismo con la fattispecie di parte speciale dell'infanticidio, in cui, al pari di quanto deve avvenire con riferimento all'accertamento della scusante di cui al novellato art. 55 c.p., si impone un accertamento circa la oggettiva sussistenza delle condizioni di abbandono materiale e morale, da apprezzarsi sotto il profilo soggettivo; sul punto, cfr. BOZHEKU, *L'infanticidio*, Jovene Editore, 2012, 311.

<sup>16</sup> Si fa rinvio alla differenziazione fra le differenti categorie di esimenti di cui sopra, tratta da MEZZETTI, *Diritto Penale, casi e materiali*, Zanichelli, 2017.

Ne consegue che l'accertata antigiuridicità – dovuta all'assenza di una stretta necessità dell'azione tenuta – comporta il permanere di conseguenze civilistiche, seppur attenuate, in capo al soggetto che abbia tenuto tali condotte, onerato di indennizzare ex art. 2044 c.c., ultimo comma<sup>17</sup>.

La Corte sottolinea, inoltre, le numerose restrizioni all'applicazione della novella dell'art. 55: il nuovo comma dell'art. 55 c.p. opera unicamente con riferimento alla scriminante della legittima difesa e, più nello specifico, ai soli commi 2 e 3 dell'art. 52.; acclarato che si tratti di una di dette ipotesi è, dunque, necessario accertare che sussistano dei profili di responsabilità dell'agente, il quale deve essersi discostato dalle regole di condotta che avrebbe seguito *l'homo eiusdem condicionis et professionis*; accertati i profili di colpa, con conseguente soggettiva rimproverabilità, si rende necessario valutare la sussistenza di una delle due condizioni legittimanti l'operatività del comma 2 di cui all'art. 55, ovvero sia la minorata difesa o il grave turbamento derivanti dal pericolo in corso.

Detto ultimo accertamento non è affatto semplice in quanto non può esaurirsi nella mera verifica circa la sussistenza degli elementi costitutivi della minorata difesa o del grave turbamento. Infatti, si rende necessario verificare che questi abbiano oggettivamente influito sulla valutazione circa la necessità di reagire in tal guisa all'offesa, con conseguente oggettiva induzione in errore dell'agente<sup>18</sup>.

D'altra parte, evidenziano i giudici che ove si prescindesse dalla puntuale verifica di tutti i suddetti elementi, si perderebbe di mira la *ratio* ispiratrice dell'istituto, che pone un correttivo al giudizio di rimproverabilità<sup>19</sup>, che in ogni caso consiste in una prognosi *ex ante* su base parziale.

Infine, concludono i giudici, nell'accertamento in parola non possono che assumere un rilievo centrale proprio quegli stati d'animo e i timori personali (seppur da valutare ancorandoli a dati obbiettivi e seppur unicamente ove derivino dalla situazione di pericolo in atto) che, fino a tale riforma, secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup>, in ossequio al diritto positivo, non erano di per sé sufficienti a giustificare un erroneo convincimento del soggetto aggredito e che, pertanto, erano inidonei a scusare il soggetto.

Al fine di guidare tale accertamento, i Supremi Giudici impongono di valutare non solo l'incidenza del pericolo in atto sul turbamento dell'agente ma anche la gravità del rimprovero che ne deriverebbe in caso di applicazio-

---

<sup>17</sup> Introdotta a norma dell'art. 7 della l. 36/2019, che testualmente recita “*Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato*”.

<sup>18</sup> Ne consegue che la stessa Suprema Corte qualifica come “scusante” l'esimente di cui all'art. 55 comma II c.p.

<sup>19</sup> Il fatto in questione sarà, infatti, da considerarsi oggettivamente rimproverabile ma soggettivamente “scusato” sotto il profilo penalistico.

<sup>20</sup> In tal senso Cass. pen., Sez. I, 5.3.2013, n. 13370.

ne degli ordinari parametri di accertamento della colpa. Infine, si sottolinea l'importanza di valutare le circostanze del caso di specie nella loro globalità, attenzionando la lucidità o la freddezza che possono o meno contraddistinguere l'azione difensiva, anche nei momenti precedenti o successivi alla stessa.

Conclusa la disamina della pronuncia di maggior rilievo ai fini dell'analisi di taluni degli aspetti maggiormente dibattuti della novella degli istituti, va rappresentato che non paiono dissimili, seppur lambiscano più marginalmente e meno analiticamente i nodi gordiani della riforma, gli approdi di ulteriori pronunce della Suprema Corte, fra le quali si segnala, in via esemplificativa, Cass. pen., Sez. I, n. 39977/2019 che, in estrema sintesi, ha ribadito, in primo luogo, come l'aggiunta dell'avverbio “sempre” non abbia comportato un'indiscriminata espansione dell'area di non punibilità e, in secondo luogo, che, in assenza dei presupposti applicativi della scriminante di cui si eccedano colposamente i limiti non è possibile la configurabilità dell'istituto di cui all'art. 55 c.p.

#### 4. Riflessioni conclusive.

I principali problemi concernenti l'esimente della legittima difesa non sono mai stati di carattere teorico o dommatico, quanto piuttosto di carattere concreto e pragmatico, in quanto afferenti all'accertamento – nel merito – della sussistenza degli elementi atti a giustificare l'esclusione della penale responsabilità.

Così lo *iuris conditor* ha pensato di “semplificare” l'accertamento nel merito (*rectius* ha sperato di poterlo *bypassare* mediante l'utilizzo di presunzioni) non tenendo in considerazione della necessità di tener conto di tutti i principi costituzionali e degli obblighi assunti dallo Stato al livello sovranazionale e internazionale.

Ed infatti, dalla sintesi di quanto sin qui evidenziato, si delinea un quadro che può solo parzialmente superare le perplessità dei primi commentatori della riforma.

Vero è che, come evidenziato dall'AIPDP, sussiste un delta non indifferente fra lo *slogan* della difesa “sempre legittima” e la reale portata applicativa delle esimenti di cui agli artt. 52 e 55 c.p., ma vero è anche che talune delle previsioni normative non paiono offrire addentellati utili allo scopo di giungere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni tale da escludere la lesione di principi intangibili del nostro ordinamento<sup>21</sup>.

Se, infatti, l'interpretazione *secundum constitutionem* del comma secondo dell'art. 52 c.p. può “neutralizzare” i possibili profili di incostituzionalità, per come evidenziato dalla Suprema Corte nella recentissima statuizione

---

<sup>21</sup> In tal senso AMORE, *sub art. 52 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Codice penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

analizzata *supra*<sup>22</sup>, lo stesso non parrebbe possibile con riferimento al comma quarto del medesimo articolo.

Pur non entrando nel merito con riferimento al comma quarto, disposizione che desta le maggiori perplessità, la Suprema Corte, nella succitata recentissima statuizione in tema di legittima difesa ha evidenziato come, in ogni caso, l'interprete sia vincolato ai principi Costituzionali e internazionali (Convenzione EDU e Patto internazionale sui diritti civili) che impongono un ponderato bilanciamento fra la tutela dell'agredito e il bene vita dell'aggressore.

In un'altra delle pronunce della Suprema Corte succitate l'*impasse* parrebbe superato – seppur in un *obiter dictum* – semplicemente affermando che la nuova ipotesi della legittima difesa domiciliare presunta non avrebbe carattere assoluto e non comporterebbe dunque un automatismo *strictu sensu*<sup>23</sup>, potendo dunque essere letta in senso conforme ai principi costituzionali e internazionali.

Tuttavia ben pochi paiono i margini di manovra dell'interprete con riferimento alla presunzione di legittimità della difesa di cui al comma quarto.

Ne consegue che la sussistenza di una generica presunzione di legittimità della difesa nei casi in cui l'intrusione nel domicilio sia connotata da violenza o minaccia dell'uso di armi o altri mezzi di coazione parrebbe, allo stato, non avere un opportuno “contrappeso” atto a scongiurare la lesione non necessitata e dunque evitabile del bene vita dell'intruso.

In sintesi, il quadro emergente dalla novella e dalla lettura resane dalla giurisprudenza e dalla dottrina è il seguente.

L'introduzione del lemma “sempre” all'interno del secondo comma non ha comportato alcun mutamento di fatto della presunzione che resta certamente interpretabile in un'ottica costituzionalmente orientata, confermando la portata simbolica dell'intervento sul punto.

Differente è il discorso con riferimento all'ultimo comma di cui all'art. 55 c.p., in quanto si prevede una riduzione dell'area del penalmente rilevante ad opera di una esimente atta a elidere non l'antigiuridicità del fatto quanto la colpevolezza del soggetto, non rimproverabile in quanto sopraffatto dal turbamento o dalla minorata difesa ingenerati dall'aggressione in atto.

Infine, v'è la presunzione di legittimità della difesa domiciliare, avverso offese peculiarmente connotate di cui al comma quarto del novellato art. 52 c.p., sul quale non si registrano, allo stato, pronunce di legittimità, che parrebbe all'evidenza passibile di un'emenda in sede di giudizio di legittimità costituzionale per contrarietà ai principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. e di cui all'art. 117 Cost. quale norma interposta in relazione alla Convenzione EDU.

<sup>22</sup> Il riferimento è alla già analizzata Cass. pen. Sez. III, 10.12.2019 n. 49883.

<sup>23</sup> Ancorché tale affermazione non pare del tutto convincente, in quanto il dato letterale sembra difficilmente suscettibile di interpretazioni conformi a Costituzione.

In conclusione, non resta che attendere ulteriori sviluppi interpretativi e applicativi sulla presunzione in parola, nella speranza che i timori dei primi commentatori della riforma non si concretizzino e che dunque i cittadini non travisino il dato normativo, ritenendo di poter “legittimamente offendere” qualunque intruso nella propria abitazione, pur in assenza di una stretta necessità di una siffatta reazione.

# ANCHE PER IL CONSIGLIO DI STATO SONO INSOPPRIMIBILI I PRINCIPI DELL'ORALITÀ E DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO PENALE

**Antonino Galletti-Fabrizio Galluzzo**

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Il caso di specie. – 3. Alcune brevi riflessioni in materia penale.

## ABSTRACT

*In occasione di una pronuncia inerente il processo amministrativo, il Consiglio di Stato ha ribadito la centralità dei principi dell'oralità e del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale, non superabili, mediante lo strumento della videoconferenza, neanche a fronte di un'emergenza straordinaria quale quella connessa alla pandemia da Covid-19.*

*In a ruling concerning the administrative process, the Council of State has recently reaffirmed the centrality of the principles of orality and adversarial in the formation of evidence in the criminal trial. Indeed, these principles shall not be overcome, using the videoconferencing tool, even to face this extraordinary emergency such as that connected to the Covid-19 pandemic.*

## 1. Premessa.

Nel pieno del dibattito scaturito dagli interventi normativi che stanno cercando di regolare il processo penale nella situazione emergenziale legata alla diffusione del Covid-19, appare di particolare interesse l'ordinanza emessa in data 21 aprile 2020 dal Consiglio di Stato, Sesta Sezione, contenente alcune affermazioni di ampio respiro, ancorate a principi costituzionali e sovranazionali, che, espressamente, attengono anche alla materia penale e non solo a quella amministrativa, evidentemente sottoposta all'attenzione del Collegio nel caso di specie.

## 2. Il caso di specie.

Il Consiglio di Stato era stato chiamato a valutare l'istanza depositata in data 11 aprile 2020 (le date sono utili per l'inquadramento temporale della vicenda nel contesto normativo emergenziale) dall'appellante che aveva chiesto il rinvio dell'udienza pubblica per la discussione nel merito, ricadente nel periodo in esame, per poter svolgere successivamente la discussione orale.

Gli appellati si erano "opposti alla predetta richiesta di rinvio, sul rilievo che l'interesse alla discussione orale, invocato dalla controparte, non sarebbe stato oggetto di previsione legislativa per la fase emergenziale a partire dal 15 aprile 2020, durante la quale il regime processuale prevedrebbe il passaggio in decisione delle cause esclusivamente sulla base degli atti, con l'unica eccezione della rimessione in termini per il deposito di memorie e repliche".

Il Consiglio di Stato, pur rilevando che il rito processuale emergenziale dettato dall'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, per il periodo che va dal 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, stabilisce che, «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati», aggiungendo che «le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione», osservava che l'unica deroga a tale previsione, prevista dal comma 1 dello stesso art. 84, comma 1, che sia stata disciplinata dal legislatore, come osservato dagli appellati, è rappresentata dalla possibile rimessione in termini per presentare le note a beneficio della parte che ne abbia fatto istanza entro lo stesso termine previsto per il deposito delle stesse e, quindi, "solo per consentire il compiuto esercizio del contraddittorio scritto di cui all'art. 73 c.p.a. (impedito dalla sospensione dei termini predisposta dal 8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020), senza accordare alla parte alcuna facoltà di chiedere un differimento al solo fine di potere discutere oralmente la causa".

Tanto premesso, tuttavia, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo che il processo amministrativo può risolversi talvolta in un mero scambio cartolare, potendo essere superflua la presenza delle parti in udienza, qualora la mancata comparizione rappresenti una scelta processuale delle stesse - e tale riconoscimento avviene mediante un parallelo con il processo penale assai significativo sul quale ci soffermeremo nel prosieguo - ha sancito l'importante e condivisibile principio che il "contraddittorio cartolare coatto" non è conforme ai principi costituzionali.



Con tale neologismo, il Consiglio di Stato ha voluto riferirsi ad un contraddittorio cartolare che sia imposto e contrasti con la diversa volontà di (almeno) una delle parti la quale preferisca differire la causa pur di poter esercitare appieno le facoltà difensive, connesse alla discussione orale.

E, per decretarne la non conformità ai principi costituzionali di una rigida interpretazione della disciplina processuale emergenziale, ha dato della norma in esame un'interpretazione, al contrario, conforme alla Carta costituzionale, non ritenendo necessario nemmeno investire della questione la Consulta per affermare per la parte interessata la «facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione».

Il Supremo Collegio di Giustizia Amministrativa si riserva, dunque, di valutare nel merito ed in concreto (caso per caso) la fondatezza di un'eventuale istanza di differimento, escludendola *a priori* soltanto laddove l'accoglimento determinerebbe un danno alla controparte in termini di ragionevole durata del processo ovvero sarebbe inutile attesa la semplicità del *thema decidendum* tale non richiedere alcuna discussione.

Il “contraddittorio cartolare coatto”, secondo l'ordinanza del Consiglio di Stato, di cui riportiamo un passaggio di grande incisività, rappresenterebbe, infatti, «una deviazione irragionevole rispetto allo “statuto” di rango costituzionale che si esprime nei principi del “giusto processo”; - il comma 2 dell'art. 111 della Costituzione, nello stabilire che il “giusto processo” - qualsiasi processo - debba svolgersi “nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità”, impone, non solo un procedimento nel quale tutti i soggetti potenzialmente incisi dalla funzione giurisdizionale devono esserne necessariamente “parti”, ma anche che queste ultime abbiano la possibilità concreta di esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente) le loro ragioni, rispondendo e contestando le quelle degli altri».

Altra lesione a principi costituzionali sarebbe rappresentata dalla compressione dei diritti di cui all'art. 24 Cost., tra i quali è ricompreso quello di «ottenere dal giudice una tutela adeguata ed effettiva della situazione sostanziale azionata» che «non può che contenere anche la garanzia procedurale dell'interlocuzione diretta con il giudice».

La giurisprudenza della Corte Costituzionale era, comunque, pervenuta alla conclusione secondo cui la pubblicità del giudizio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali (sentenze n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971).

Interpretazione, questa, conforme anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6, paragrafo 1, della C.e.d.u., che, nel bilanciamento degli interessi pubblicistici e di quelli delle parti, ha da tempo anche affermato che in «alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare (quale, ad esempio, il carattere “altamente tecnico” del contenzioso)» si possa evitare la celebrazione di un'udienza pubblica, purché l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, sia «strettamente imposta dalle circostanze della causa» (*ex plurimis*, C.e.d.u., 13.11.2007, *Bocellari e Rizza c. Italia* e C.e.d.u., 26.7.2011, *Paleari c. Italia*): dunque, l'eccezionalità deve discendere da circostanze interne (la natura delle questioni

da trattare e le circostanze della causa) al singolo giudizio e non da contingenze esterne, sia pure rilevanti come nel caso della pandemia in atto.

Bene ha fatto perciò il Consiglio di Stato a salvaguardare e, diremmo, a rivendicare con orgoglio la propria natura giurisdizionale attraverso l'esaltazione del contraddittorio e della funzione della difesa contro ogni maldestro tentativo che, sia pure in via emergenziale e, dunque, di eccezione rispetto alla regola, potrebbe mirare a retrocederne la natura a mero organo paragiurisdizionale che decide (non di un processo, ma di) una procedura di ricorso (sul punto F. FRANCIOSI in *giustiziainsieme.it: Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*).

Del resto, ancor prima dell'ordinanza in commento, non era mancato chi aveva già opportunamente, quanto autorevolmente, avvertito del rischio che l'estromissione del pubblico da quella che, non a caso, viene chiamata pubblica udienza per la decisione del merito ed addirittura l'estromissione fisica degli avvocati ai quali viene impedita la discussione orale, incidendo pesantemente sulla struttura del processo e per un arco temporale che assume rilevanza al di fuori della ragionevolezza della prima emergenza, ponesse forti perplessità sul rispetto del principio costituzionale del giusto processo (v. S. COGLIANI in *giudicedonna.it: Il processo amministrativo al tempo del Covid-19*).

### 3. Alcune brevi riflessioni in materia penale.

Come si è sopra anticipato, nell'esaltare opportunamente la rilevanza della funzione del contraddittorio e del principio di oralità anche nel processo amministrativo che, tuttavia, può manifestarsi in tale ambito in maniera attenuata alla presenza di determinati presupposti, il Consiglio di Stato ha operato un parallelo col processo penale, affermando testualmente che «*il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso "forte" (ovvero, sia nella formazione della prova, sia come diritto dell'accusato di confrontarsi "de visu" con l'accusatore)*».

Nel riconoscere, pertanto, la preminenza dei richiamati principi generali (giusto processo, contraddittorio, oralità, diritto alla difesa) anche in un ambito dichiaratamente meno condizionato da tali concetti, in quanto – ma soltanto a determinate condizioni – più facilmente superabili, l'ordinanza in esame esalta, invece, il ruolo del "contraddittorio in senso forte" nel processo penale che viene giustamente dato per scontato e come insopprimibile.

Il Collegio addiviene a siffatte conclusioni ricordando che l'accusato ha il diritto di confrontarsi con il suo accusatore *de visu* e non, evidentemente, tramite un monitor o per iscritto (a meno che, naturalmente, non vi sia il suo consenso o ci si trovi in fasi primordiali del procedimento).

Ricorda ancora il Consiglio di Stato che la formazione della prova si realizza attraverso un contraddittorio che si sviluppa dinanzi al giudice chiamato a prendere una decisione anche sulla base delle espressioni, del tono della voce, dell'atteggiamento corporeo dei testimoni che necessariamente si perderebbero nei meandri delle piattaforme social (e ciò anche senza entrare nel merito delle più ampie preoccupazioni circa la tutela delle informazioni e della riservatezza); sulla base delle reazioni provocate dai difensori nel corso di una *cross examination* condotta con ritmo incalzante ed in tempo reale e non scandita magari da una connessione internet che va e viene.

Se è stato correttamente ritenuto irrazionale e contrastante con i sopra richiamati principi eurounitari e costituzionali che sia impedito il diritto della parte di chiedere (ed eventualmente ottenere) il rinvio del processo (purché, evidentemente, la motivazione non sia meramente dilatoria o non suffragata da esigenze rilevanti) in ambito amministrativo, appare davvero incredibile che ancora oggi si possa pensare di imporre legislativamente un processo penale “coatto”, per parafrasare le parole del Consiglio di Stato, pur essendo palese che l’oralità e il contraddittorio “forte” siano invece cardini ineludibili del processo penale stesso, dove anche la tutela costituzionale accordata alla difesa tecnica non può certo giungere a prevedere in via generale la smaterializzazione della figura e del ruolo dell’Avvocato mediante la sua cartolarizzazione o addirittura la smaterializzazione in via telematica.

La scelta dell’imputato di chiedere il rinvio del processo affinché sia celebrato, quando le condizioni sanitarie lo consentano, in aula, dinanzi al giudice e nel contraddittorio con le altre parti, sarebbe assolutamente da accogliere, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata della normativa emergenziale, che, stando almeno alle ultime notizie di cronaca politica, si sta cercando di ridimensionare, quanto meno aprendo al rinvio delle udienze nelle quali si deve svolgere attività istruttoria o la discussione.

Anche la celebrazione di udienze attinenti altre attività processuali potrebbero, tuttavia, rendere necessario un pieno contraddittorio; in tal senso, un’interpretazione ancora una volta conforme alla Costituzione e comunque accettabile soltanto nell’attuale fase emergenziale, richiederebbe almeno una valutazione in concreto da svolgersi caso per caso, secondo il principio affermato dal Consiglio di Stato della non necessità del rinvio soltanto in determinate situazioni nelle quali prevalga l’interesse pubblicistico ad assicurare la giusta durata del processo ovvero si tratti di decidere questioni bagatellari di facile ed immediata soluzione.



## SMART WORKING, SICUREZZA E RESPONSABILITÀ PENALE. ALCUNI SPUNTI PROBLEMATICI

**Silvia Tordini Cagli**

**Sommario:** **1.** Premessa. - **2.** Il c.d. lavoro agile nella disciplina dettata dalla l. 81/2017. - **3.** La delimitazione delle competenze e la ridefinizione delle posizioni di garanzia. - **4.** Lavoro agile e sicurezza. Le criticità connesse alla scelta del luogo di lavoro da parte del lavoratore. - **5.** L'art. 22 legge 81/2017: dal rischio di uno svilimento delle garanzie di tutela al rischio di una totalizzazione della posizione di garanzia del datore di lavoro. - **6.** Per concludere: la formazione come chiave per garantire una sicurezza accettabile.

### ABSTRACT

*Dopo aver analizzato brevemente i principali profili di novità del c.d. lavoro agile, come disciplinato dalla l. 81/2017, il contributo mette in luce le criticità sul piano della delimitazione dell'ambito di estensione della posizione di garanzia del datore di lavoro e la necessità di ricalibrare la netta contrapposizione tra predominio cautelativo del datore di lavoro e condizione di vulnerabilità del lavoratore, propria del contesto produttivo tradizionale.*

*After having briefly analyzed the main profiles of novelty of smart work, as regulated by l. 81/2017, the essay points out the critical issues of the extension of the employer's guarantee position and the need to recalibrate the clear contrast between the employer's precautionary dominance and the vulnerability of the worker, typical of the traditional productive context.*

## 1. Premessa.

L'emergenza sanitaria di questo periodo ha evidenziato, le potenzialità del lavoro agile valorizzandone una spiccata polifunzionalità, in quanto strumento in grado di favorire la tutela della salute dei lavoratori e dunque il contenimento del contagio attraverso l'isolamento domiciliare, ma anche di garantire la continuità produttiva in casi di calamità ed eventi imprevedibili.

Lo stesso Governo lo ha incluso fin dall'inizio tra le misure di contrasto al Covid-19, pur forzandone, attraverso una disciplina ad hoc, le stesse funzioni originarie ed alcune caratteristiche fondanti<sup>1</sup>.

Nella consapevolezza del fatto che il lavoro agile previsto nella fase emergenziale del Coronavirus non si identifica perfettamente con lo *smart working* disciplinato, in via ordinaria, dalla l. 81/2017- differenziandosene anzi per alcuni caratteri fondamentali<sup>2</sup> - tuttavia la situazione attuale offre l'occasione per un approfondimento delle linee fondamentali dell'istituto, con specifico riferimento alla materia della sicurezza. In effetti non è improbabile che il ricorso a questa modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, già in parte adottata da alcune realtà aziendali precedentemente al canone dell'"#io resto a casa", troverà in futuro una applicazione sempre più diffusa e sarà quindi ancora più necessario confrontarsi con alcune criticità che la normativa esistente sembra non aver affrontato o aver affrontato in modo eccessivamente generico.

## 2. Il c.d. lavoro agile nella disciplina dettata dalla l. 81/2017.

La disciplina del c.d. lavoro agile (o *smart working*) ha trovato una sua organica previsione nella l. 81/2017, (*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*). Si tratta, secondo quanto desumibile dallo stesso art. 18 della legge, non di una diversa tipologia contrattuale, ma di una nuova modalità di svolgimento del lavoro subordinato, in particolare del lavoro a distanza, caratterizzata da una par-

---

<sup>1</sup> Ne hanno promosso il ricorso i Decreti del Presidente del Consiglio del 23 e del 25 febbraio 2020 per le prime zone rosse, quelli successivi del 1, del 4 e dell'8 marzo per l'intero territorio nazionale, il Protocollo sulla Sicurezza sui luoghi di lavoro tra Governo e Parti Sociali del 14 marzo 2020, e il decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020.

<sup>2</sup> I datori di lavoro hanno infatti la facoltà di convertire, con un provvedimento unilaterale temporaneo, la modalità ordinaria di esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile. Viene meno dunque l'aspetto consensuale della modalità agile, anche sul piano della determinazione delle forme organizzative che, a differenza di quanto richiesto nella l. 81/2017, vengono definite dal datore di lavoro, e non tramite un accordo con il lavoratore. Inoltre, divergono senz'altro le finalità: la l. n. 81 del 2017 assegna al lavoro agile la finalità di incremento della competitività e di conciliazione dei tempi di vita e lavoro (art. 18).

Sul lavoro agile previsto per far fronte all'emergenza Coronavirus, si veda, ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 8 aprile 2020; APA, *Smart working al tempo del Coronavirus fra diritto alla disconnessione e poteri di controllo*, in *Il Giuslavorista*, 1° aprile 2020; RAUSEI, *Lavoro agile e contrasto al virus Covid-19*, in *DPL*, 2020, 11, 668 ss.; SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020.

icolare flessibilità e da una particolare disarticolazione organizzativa della prestazione lavorativa<sup>3</sup>. Secondo, infatti, la lettera dell'art. 18, il lavoro agile è una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Come noto, lo svolgimento a distanza della prestazione lavorativa non è una realtà nuova, ma si ritrova già nel c.d lavoro a domicilio, da sempre utilizzato dai datori di lavoro e oggetto di specifiche discipline che si sono affinate, quanto a garanzie e tutele per il lavoratore, nel corso degli anni. Il progresso tecnologico, poi, la globalizzazione dell'economia, l'esternalizzazione dei processi produttivi hanno modificato sempre più profondamente l'organizzazione del lavoro incidendo in maniera talvolta radicale, tra l'altro, sulle coordinate spazio temporali della prestazione lavorativa. Nasce quindi il "telelavoro", modalità di prestare il lavoro "a distanza" in cui il lavoratore svolge la propria attività in un luogo esterno rispetto all'azienda, in sedi distaccate dalla sede principale, dove normalmente si concentra il potere direttivo e di controllo del datore di lavoro, o anche nel proprio domicilio, attraverso l'uso di apparecchiature telematiche.

Seppure il telelavoro in Italia non ha avuto una grande diffusione sul piano applicativo, tuttavia, viene considerato il punto di rottura rispetto al modello di produzione tradizionale. Il lavoro, anche subordinato, infatti, si svincola sempre più dai parametri, rigidi, dell'ora di lavoro e della presenza fisica nei locali aziendali; si afferma il lavoro per obiettivi, fasi e cicli e, dunque, con l'introduzione del telelavoro, secondo molti, l'Italia accede, di fatto, alla "Quarta rivoluzione Industriale"

Le affinità del lavoro agile con il "vecchio" telelavoro sono senz'altro molteplici, tantoché molti considerano il primo una sottocategoria del secondo<sup>4</sup>: tuttavia, e al di là delle diverse opinioni su quali siano, o siano stati, gli elementi differenziali, certamente il telelavoro è ancora legato ad un forte assoggettamento del lavoratore al po-

---

<sup>3</sup> In argomento si veda, senza pretesa di esaustività, ALLAMPRESE-PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *RGLPS*, 2017, fasc. 2, 1, 307 ss.; CAPONETTI, *L'obbligo di sicurezza al tempo di Industry 4.0*, in *DSL*, 2018, 1, 42 ss.; LAI, *Salute e sicurezza e lavoro agile*, in *RIMP*, 2016, 3, 465 ss.; MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018 fasc. 1, 1 ss.; MANCUSO SEVERINI, *Il futuro del lavoro è oggi: lo smart working. Quali sfide per i modelli di tutela antinfortunistica*, *ivi*, 2017, 1, 33 ss.; MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *DLM*, 2018, fasc. 2, 293 ss.; PERUZZI, *Sicurezza e agilità quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 1, 5 ss.; SCIOTTI, *Il lavoro agile e la sua specialità*, in *RIMP*, 2017, 3, 355 ss.; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 921; VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, 2, 1, 253 ss.

Peraltro anche i mezzi informatici, in assenza di una esplicita previsione normativa che preveda siano forniti dal datore di lavoro, possono essere di proprietà del lavoratore, circostanza, questa, che rende ancora più critico individuare una posizione di controllo del garante

<sup>4</sup> Con conseguente applicabilità al lavoro agile della disciplina dettata per il telelavoro, ad esempio l'art. 3 comma 10 del d.lgs. 81/2008. Così PERUZZI, *op. cit.*, 7; TIRABOSCHI, *op. cit.*, 297.

tere direttivo, disciplinare e di controllo del datore, che definisce anche gli strumenti da usare, le procedure da seguire, gli orari<sup>5</sup>.

Resta dunque pressoché invariata “l’eterodeterminazione” da parte del soggetto apicale, elemento tipico dell’attività lavorativa subordinata<sup>6</sup>. Questo per lo meno accadeva nella regolamentazione originaria, che progressivamente ha visto, grazie alla integrazione da parte di accordi con le parti sociali, una riduzione delle rigidità iniziali ed una maggiore flessibilizzazione<sup>7</sup>.

Il superamento progressivo della concezione tradizionale del lavoro, nel senso sopra accennato, implica ed esige una sempre maggiore flessibilità della prestazione lavorativa, sia dal punto di vista temporale, che spaziale, che mette definitivamente in crisi la regola della unità di luogo-lavoro e di tempo-lavoro. Dal telelavoro, quindi, si passa al c.d. lavoro agile, (ma anche ad ulteriori modelli ulteriormente estremizzati, c.d. nuovi lavori, quali i *crowd working*), in cui si accentua ed esaspera proprio il profilo della flessibilità<sup>8</sup>: si assiste così al superamento definitivo del modello improntato alla postazione fissa all’interno dell’azienda con orario prestabilito e alla crescita della autonomia del lavoratore nella determinazione del luogo, del tempo e del modo della prestazione<sup>9</sup>. Da questo punto di vista si è messo in evidenza «come lo *smart working* non sia solamente un’innovazione contrattuale strumentale ad un nuovo modo di organizzare il lavoro, bensì costituisca una nuova filosofia manageriale che tenta di restituire al lavoratore autonomia e flessibilità, in contropartita di una crescente responsabilizzazione sui risultati del lavoro»<sup>10</sup>.

Sotto questo profilo, risulta particolarmente emblematica la scelta del legislatore del 2017 di attribuire un grande peso all’accordo delle parti che, secondo il dettato dell’art. 19, sarà la fonte della regolamentazione «dell’esecuzione della prestazione lavorativa svolta all’esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore», oltre che, dei tempi di riposo del lavoratore e delle «misure tecniche e organizzative

---

<sup>5</sup> Cfr. la ricostruzione del dibattito in SCIOTTI, *Il lavoro agile*, cit., 384. L’opzione maggiormente seguita è quella che individua nella continuità e regolarità della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali il dato differenziale. Così, tra gli altri LAI, *Evoluzione tecnologica, e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *DRI*, 2017, 4, 988; PERUZZI, *op. cit.*, 7; TIRABOSCHI, *op. cit.*, 297.

<sup>6</sup> MANCUSO SEVERINI, *Il futuro del lavoro è oggi: lo smart working. Quali sfide per i modelli di tutela antinfortunistica?*, in *RIMP*, 2017, fasc. 1, 35; PAPA, *Dallo smart working alla gig economy*, Altalex ed., 18 ss.

<sup>7</sup> Tanto che secondo qualcuno la linea di discriminazione è ormai sempre più flebile: PERUZZI, *op. cit.*, 2 ss.

<sup>8</sup> Crowd working che nel contesto di questo discorso, naturalmente rilevano solo nella misura in cui rientrano ancora nell’ambito del lavoro subordinato, DELOGU, *Salute e sicurezza nei nuovi lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell’industria 4.0*, in *RSL*, 2018/2, 37 ss.; LAI, *op. cit.*, 985.; SCIOTTI, *op. cit.*, 355 ss.

<sup>9</sup> PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co*, in *DSL*, 2019, 1, 37 ss.; MAGNANI, *I temi e i luoghi del lavoro. L’uniformità non si addice al postfordismo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 2019/404, 7; CAIROLI, *La delimitazione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, *ivi*, 2017, 7 ss.

<sup>10</sup> CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *DRI*, 2017,4, 978.



necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

### 3. La delimitazione delle competenze e la ridefinizione delle posizioni di garanzia.

In questo senso, la disciplina dello *smart working* sembra proseguire un percorso normativo di accrescimento del ruolo del lavoratore che, da soggetto originariamente relegato ai margini della organizzazione dell'impresa, in una posizione passiva e marginale, progressivamente, a partire dal modello di sicurezza partecipata inaugurato con il d.lgs. 626/1994, è stato incluso nel novero dei debitori della sicurezza in modo sempre più sostanziale, e si è visto coinvolgere in un processo di sempre maggiore responsabilizzazione, chiamato sempre più attivamente a partecipare alla organizzazione e di conseguenza alla prevenzione organizzata<sup>11</sup>.

L'accentuazione dell'autodeterminazione del lavoratore – che emerge in maniera manifesta dalla centralità che la disciplina dello *smart working* riserva alla autonomia privata, e dalla esplicita previsione, all'art. 22 comma 2 di un obbligo a suo carico di cooperazione<sup>12</sup> nella attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro – insieme alla destrutturazione esasperata della concezione tradizionale del luogo di lavoro originano problematiche, se non del tutto nuove, certo per molti aspetti peculiari, sotto l'aspetto della tutela della salute e della sicurezza e della connessa responsabilità penale. In particolare riguardo alla definizione degli ambiti delle posizioni di garanzia.

Sappiamo, infatti, che affinché un soggetto possa assumere la veste di “garante” di un determinato bene giuridico, non è sufficiente che si sia in presenza di una investitura formale, ma diviene imprescindibile l'esistenza di uno stato fattuale<sup>13</sup>, caratterizzato da un rapporto preesistente tra un soggetto ed un bene giuridico, in base al quale, il bene giuridico si ponga in una situazione di vulnerabilità, non direttamente dominabile dal titolare, e il garante si trovi in una posizione di predominanza, connessa alla sua effettiva capacità di intervento al fine di tutelare il bene stesso<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sulla svolta sotto questo specifico profilo, operata dal d.lgs. 626/94, DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in MONTUSCHI, (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza*, Giappichelli, 1997, 157 ss.; nello stesso volume, M. MANTOVANI, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal d.lgs. n. 626 del 1994, e principio di affidamento*, 295 ss.; MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. 626 del 1994*, 49. Per una ricostruzione dei vari passaggi dell'evoluzione del ruolo del lavoratore, sia consentito rinviare a TORDINI CAGLI, *Sfere di competenza e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?*, in *lalegislazonepenale.eu*, 4 gennaio, 2020.

<sup>12</sup> Obbligo di cooperazione che si intende rafforzato sia rispetto a quello previsto dall'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 (o all'obbligo di corretta applicazione delle misure di prevenzione previsto per i telelavoratori dall'art. 3 comma 10 d.lgs. n. 81/2008) nonché al tradizionale obbligo di leale cooperazione, in una direzione di coinvolgimento attivo e di ulteriore responsabilizzazione del prestatore di lavoro nella prevenzione della sicurezza. Così tra gli altri S. CAPONETTI, *op. cit.*, 52; TULLINI, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *DSL*, 2017, 1, 82.

<sup>13</sup> GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obbiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983; MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *RTDPE*, 2011, 157 ss.

<sup>14</sup> Sul tema della posizione di garanzia e della responsabilità per omesso impedimento dell'evento la letteratura è sterminata. Tra le tantissime opere, cfr. le fondamentali monografie di GRAS-

Questa relazione di vulnerabilità e predominanza (cautelativa), originariamente nitida nel confronto datore di lavoro/lavoratore, si fonda sul fatto che il lavoratore si trovi a svolgere la prestazione dedotta nel contratto di lavoro, nell'ambito di una organizzazione produttiva altrui – pensata e predisposta da altri – il datore di lavoro appunto, e sulla quale non ha, in linea di principio, nessun potere e nessuna capacità di intervento. Nel momento in cui, tuttavia, il lavoratore si vede attribuire *ex lege* un ruolo sempre più proattivo di cooperazione nella organizzazione, la sua condizione di vulnerabilità si riduce inevitabilmente, con correlativa riduzione altresì, specularmente, dell'aerea di predominio cautelativo del datore di lavoro, e correlativamente dell'ambito di estensione della relativa posizione di garanzia. Così deve essere, per evitare di disconoscere il principio della personalità della responsabilità penale a favore della affermazione di una responsabilità da posizione.

D'altro canto, la ripartizione delle quote di competenza, rispetto a specifiche quote di rischio, non può e non deve portare ad una automatica deresponsabilizzazione del garante primario con conseguente perdita delle garanzie di colui che, in ogni caso, resta il soggetto debole del rapporto, debitore della sicurezza per eccellenza<sup>15</sup>.

#### 4. Lavoro agile e sicurezza. Le criticità connesse alla scelta del luogo di lavoro da parte del lavoratore.

Il problema della declinazione della tutela della sicurezza del lavoro e della responsabilità del principale garante, il datore di lavoro, in relazione a queste nuove forme di svolgimento dell'attività lavorativa, si pone da tempo<sup>16</sup>, e scaturisce, principalmente, dalla inevitabile maggiore difficoltà di riferire la gestione di tutti i rischi al datore di lavoro in quanto i rischi sono in gran parte esterni ai locali dell'azienda e, altresì, connessi a strumentazioni spesso non nella disponibilità del datore. La giurisprudenza ha, certo, da tempo accolto una accezione di luogo di lavoro particolarmente ampia, affermando che «ogni tipologia di spazio può assumere la qualità di luogo di lavoro, a condizione che ivi sia ospitato almeno un posto di lavoro o esso sia accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro»<sup>17</sup>, ma ha tuttavia anche precisato che non è

---

so, *op. cit.*; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975; FIAN-DACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999.

<sup>15</sup> Mette in evidenza i rischi insiti della valorizzazione dell'autonomia da parte della l. 81/2017, M. CUTTONE, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 6/2017, 54 ss. Lo spazio particolarmente ampio che la l. 81/2017 ha lasciato alla contrattazione individuale «presupporrebbe una parità d'armi fra le parti che nella realtà difficilmente sarà verificabile»: il riconoscimento della autonomia individuale rischia dunque di tradursi «nell'infiltrazione dei desiderata e delle priorità del datore di lavoro con detrimento della posizione giuridica del prestatore di lavoro».

<sup>16</sup> In particolare il pensiero va alle problematiche poste dal telelavoro; ma, con implicazioni diverse, si pongono questioni di ridefinizione delle sfere di competenza in tutti i casi di lavoro flessibile caratterizzati dalla delocalizzazione e dalla disarticolazione: lavori in appalto; lavori in cantieri; lavori in regime di somministrazione.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. IV, 5.10.2017, n. 45808. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. fer., 27.08.2019, n. 4531 (secondo cui, ogni tipologia di spazio può assumere la qualità di luogo di lavoro, se vi sia

possibile rimproverare al datore di lavoro di non aver considerato un rischio che non aveva possibilità di conoscere e dunque attribuirgli le conseguenze che siano concretizzazione di quel rischio<sup>18</sup>.

La particolarità del lavoro agile, sotto il profilo della sicurezza, tuttavia, si specifica, rispetto alle altre forme di lavoro a distanza almeno per due aspetti: da un lato comporta una ulteriore esasperazione della rivoluzione della tradizionale dimensione del “luogo di lavoro”; esso infatti sempre più si svincola dall’essere un luogo fisicamente ed originariamente deputato allo svolgimento della prestazione lavorativa cosicché sempre più un luogo normalmente destinato ad altro, diviene luogo di lavoro solo per la circostanza che contrattualmente è previsto che la prestazione possa essere lì svolta. Questo comporta una attenuazione ancora maggiore della equazione organizzazione-luogo di lavoro, e, grazie anche all’apporto della informatizzazione, della dimensione “fisica” dell’organizzazione in cui il lavoratore svolge la propria attività.

Questo peculiare aspetto non può che incidere vistosamente sulla individuazione dei confini e dei contenuti della posizione di garanzia del datore, nel senso di renderla di più complessa ricostruzione, dato che, all’origine della stessa, come visto, è necessario poter riscontrare, in concreto, un effettivo potere di controllo sulla fonte del pericolo che perde, in questo contesto, una dimensione univocamente identificabile con i luoghi aziendali o comunque con luoghi in qualche modo collegati in all’azienda, in senso fisico<sup>19</sup>. La destrutturazione e dematerializzazione del luogo di lavoro, si riverbera dunque in primo luogo sull’obbligo di valutazione dei rischi, e sulla necessità di delimitare gli ambiti delle posizioni di garanzia tra datore di lavoro e lavoratore, in connessione con l’effettiva dimensione della posizione di controllo e dei poteri cautelativi riferibili all’uno e all’altro.

Ma – e questo è l’altro aspetto di caratterizzazione del lavoro agile – la questione è ancora di più di difficile soluzione perché nel lavoro agile, diversamente di quanto accade nelle altre ipotesi di lavoro a distanza, la scelta del luogo di lavoro può essere lasciata alla libera autodeterminazione del lavoratore stesso.

È evidente come la necessità di una redistribuzione delle quote di debito, in presenza di una siffatta evenienza, non può essere disconosciuta. In tal caso, infatti, è senza dubbio il lavoratore il soggetto più consapevole del rischio in quanto più “vicino” alla fonte del pericolo, e quindi, dotato di quel “potere cautelativo” normalmente riconoscibile in capo al datore di lavoro. Il lavoratore, infatti, con la scelta del luogo di lavoro, acquisisce un ruolo accresciuto nella organizzazione aziendale e dunque nella prevenzione organizzata, alterando ulteriormente, così, la contrapposizione tra predominio cautelativo del datore e vulnerabilità del lavoratore che si fonda, come abbiamo detto, sulla circostanza che il prestatore di lavoro, normalmente, e comunque nel modello tradizionale della attività di impresa, presta la sua attività lavorativa in un contesto (anche in un luogo dunque) pensato, predisposto organizzato (e quindi gestibile – solo) da altri.

---

ospitato almeno un posto di lavoro o sia accessibile al lavoratore); entrambe le pronunce sono leggibili in [www.olympusuniurb.it](http://www.olympusuniurb.it).

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. IV, n. 45808, cit.

<sup>19</sup> Peraltro anche i mezzi informatici, in assenza di una esplicita previsione normativa che preveda siano forniti dal datore di lavoro, possono essere di proprietà del lavoratore, circostanza, questa, che rende ancora più critico individuare una posizione di controllo del garante.

La scelta autonoma, da parte del lavoratore, del luogo deputato allo svolgimento della prestazione è in effetti prevista dalla maggior parte degli accordi sindacali di lavoro agile: alcuni, ma non tutti, peraltro, prevedono che la scelta sia preventivamente comunicata al datore di lavoro, comunicazione che in ogni caso attenua ma non elimina la difficile compatibilità tra la scelta del luogo in autonomia ed il predominio cautelativo del datore; la complessità della situazione è testimoniata in modo evidente dal fatto che anche gli accordi più dettagliati ed esaustivi, di fatto, si limitano a delegare allo stesso lavoratore il riconoscimento e, quindi, in definitiva, la valutazione dei rischi connessi alla scelta fatta<sup>20</sup>.

## 5. L'art. 22 legge 81/2017: dal rischio di uno svilimento delle garanzie di tutela al rischio di una totalizzazione della posizione di garanzia del datore di lavoro.

La disciplina della sicurezza per il lavoro agile è contenuta nell'art. 22 della l. 81/2017, secondo il quale, «Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro».

La eccessiva genericità insieme alla totale mancanza di coordinamento esplicito con la normativa generale in tema di sicurezza contenuta del d.lgs. 81/2008 non hanno certo contribuito a fare chiarezza in ordine alle criticità sopra evidenziate. Interpretare la disposizione, come ipotizzato da taluno, nel senso che la consegna della informativa esaurisca l'obbligo prevenzionistico del datore, comporterebbe senza dubbio una riduzione inaccettabile dello standard di tutela del lavoratore agile rispetto agli altri lavoratori; la interpretazione, dunque, più condivisibile è senz'altro quella rivolta ad una massima ottimizzazione delle garanzie per il lavoratore agile, attraverso uno stretto coordinamento dell'*incipit* della norma, e cioè dell'asserzione del ruolo di garante del datore di lavoro, con la previsione dell'obbligo di consegna della informativa. In tal modo, si ricaverebbe un rinvio implicito agli obblighi generali previsti dal titolo I del d.lgs. 81/2008, all'art. 28: il datore di lavoro, dunque, anche in presenza di una modalità agile, non potrebbe che essere gravato del generale obbligo di valutazione di tutti i rischi, tra i quali, anche, quelli più tipicamente connessi alla modalità *smart*<sup>21</sup>. La finalizzazione della informativa rispetto alla garanzia della sicurezza e salute, inoltre, dovrebbe scongiurare il rischio di una predisposizione generica ed astratta del documento da molti paventata.

Una siffatta interpretazione, senz'altro degna di plauso perché volta ad evitare il pericolo di un abbassamento della soglia delle garanzie nello *smart working*, rischia però di delineare una figura di datore di lavoro che si presume essere una sorta di "superuomo", e al quale viene attribuito un totalizzante obbligo di conoscenza e va-

<sup>20</sup> Sul punto per un'ampia esemplificazione, vedi CAPONETTI, *op. cit.*, 47; TIRABOSCHI, *op. cit.*, 921 ss.

<sup>21</sup> Così R. GUARINIELLO, *La sicurezza del lavoro al tempo del Coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020, 19 ss.; cfr. anche LAI, *op. cit.*, 470; PELUSI, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, 2017, 4, 1041 ss.

lutazione di tutti i rischi, a cui non corrisponde affatto un reale potere ed una capacità di gestione degli stessi.

In questo modo si asseconda, dunque, quella tendenza, tipica della giurisprudenza penale in materia di infortuni sul lavoro, che estende l'ambito della posizione di garanzia del datore di lavoro, a prescindere dall'esistenza in concreto di una relazione tra il potere di signoria del garante e lo specifico bene offeso, e che arriva in questo modo a delineare una figura modello di datore di lavoro onnisciente e onnipotente<sup>22</sup>. Con buona pace del principio di effettività<sup>23</sup> e delle più recenti declinazioni del significato di posizione di garanzia, secondo le quali il garante, «è in generale, colui che è deputato a governare quella sfera di rischio specifica e al garante saranno, dunque, da imputare solo quegli eventi che risulteranno essere la concretizzazione del tipo di rischio che rientra nella sua specifica competenza»<sup>24</sup>.

Sempre su questa linea interpretativa, assolutamente condivisibile, garante è colui che è chiamato, *pro quota*, secondo la sua "competenza", a gestire e ad organizzare specifici fattori di rischio e l'individuazione della responsabilità penale deve quindi filtrare attraverso «una accurata analisi delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione»<sup>25</sup>.

Diviene così fondamentale «separare le sfere di responsabilità, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito», nell'ottica della garanzia della responsabilità per fatto proprio<sup>26</sup>.

In sintesi: per scongiurare forme di responsabilità da posizione, l'infortunio deve essere imputato al soggetto e solo al soggetto cui compete la gestione del rischio, il controllo della specifica fonte di quel pericolo che si è concretizzato nell'evento lesivo.

<sup>22</sup> CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autore-sponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch pen. (web)*, 2019, 2, 4 ss.; GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in DONINI, ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bup, 2013, 76 ss.

<sup>23</sup> In giurisprudenza, sul principio di effettività, tra tutte, Cass. pen., S.U., 24.04.2014, n. 38343, Espenhahn (p. 107): «nell'ambito delle organizzazioni complesse, di impronta societaria, la veste datoriale non può essere attribuita solo sulla base di un criterio formale, magari indiscriminatamente estensivo, ma richiede di considerare l'organizzazione dell'istituzione, l'individuazione delle figure che gestiscono i poteri che danno corpo a tale figura».

<sup>24</sup> Così Cass. pen., S.U., cit., 106.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Ancora Cass. pen., S.U., 24.04.2014, n. 38347, cit., p. 106; anche già BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, 2010, 195 ss. Emerge con chiarezza, da questi passaggi argomentativi, il riferimento alla teoria della imputazione legata alla separazione delle competenze, in tempi recenti riproposta da autorevoli voci nel dibattito italiano in tema di compartecipazione e di colpa e adottata con una certa assiduità dalla giurisprudenza penale nel settore della attività di impresa e della sicurezza sul lavoro in genere. In particolare CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004, *passim*; Id., in CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, II ed., 217 ss.; vedi altresì BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2009, 2263 ss. Id., *Causalità giuridica*, cit., 151 ss.; in giurisprudenza, tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 28.5.2013, n. 37738; Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n. 49821 (in [www.olympus.uniurb.it](http://www.olympus.uniurb.it)).

La semplicità delle premesse è solo apparente: nessuno vuole negare che nella pratica, certo, il processo rischia di diventare particolarmente complesso e che i nodi devono quindi essere sciolti con grande cautela ed attenzione, soprattutto quando ad essere coinvolta nel giudizio di imputazione, è la posizione del lavoratore.

È altresì intuitivo che l'uso di tale criterio presuppone che anche il lavoratore sia chiamato a farsi carico di una quota di gestione di rischi specifici e che sia dunque chiamato a svolgere un ruolo di compartecipe attivo nel sistema della prevenzione<sup>27</sup>.

Ma questo è effettivamente ciò che sembra emergere con evidenza nella disciplina normativa del lavoro agile dettata dalla l. 81/2017 e questo aspetto deve, quindi, senza dubbio essere valorizzato.

## 6. Per concludere: la formazione come chiave per garantire una sicurezza accettabile.

Un altro aspetto che deve essere ritenuto fondamentale per l'implementazione della sicurezza nel lavoro agile, aspetto anche questo probabilmente non adeguatamente valorizzato dalla legge del 2017, è quello della formazione del lavoratore<sup>28</sup>.

L'obbligo della formazione assume effettivamente una centralità nuova nell'ambito della visione della prevenzione come prevenzione partecipata, la cui effettività «dipende non solo dal tasso di partecipazione e di consenso, ma anche dal grado di consapevolezza e di conoscenza dei destinatari della tutela, quanto alla natura del rischio diffuso nell'ambiente di lavoro»<sup>29</sup>.

Se la comparsa di un autonomo obbligo di formazione a carico del datore di lavoro risale già al d.lgs. 626/94, è senz'altro il t.u. del 2008 che ha innovato rispetto alla precedente normativa, sia prevedendo un corrispondente obbligo di “formarsi” del lavoratore, sia, soprattutto, delineando, una definizione di “formazione” di grande spessore, quale vero e proprio «processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori e agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale, conoscenze e procedure utili all'acquisizione di competenze per lo svolgimento dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi» (art. 2, lett. aa). La formazione, dunque, assume un significato sostanziale, dovendo tendere alla modificazione dei comportamenti delle persone a cui è destinata in vista di un innalzamento della percezione del rischio e della capacità di gestirlo<sup>30</sup>. In questa prospettiva, il processo di formazione dovrebbe avere come esito un lavoratore in grado «non solo di identificare i rischi, ma anche di agire di conseguenza»<sup>31</sup>. L'idea alla base della valorizzazione del momento formativo è che il riequilibrio delle capacità cognitive della parte più debole del rapporto di lavoro - e dunque il pieno sviluppo

<sup>27</sup> MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, in *Criminalia* 2014, 356 ss.

<sup>28</sup> CAPONETTI, *op. cit.*, 51, il quale mette in evidenza come molti sono gli accordi che evidenziano l'aspetto della formazione.

<sup>29</sup> Così MONTUSCHI, *op. cit.*, 53.

<sup>30</sup> GROTTA, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2012, 3 ss.

<sup>31</sup> GROTTA, *op. cit.*, 6.

della soggettività del lavoratore – sia uno degli strumenti privilegiati per garantire un miglior livello di protezione<sup>32</sup>.

La formazione è oggi considerata la vera scommessa su cui si gioca l'effettività della sicurezza del lavoro nell'azienda moderna: una vera e adeguata formazione dovrebbe dunque far sì che la cultura prevenzionale diventi «un corredo abituale del *modus operandi*» del lavoratore<sup>33</sup>.

Ora in un contesto come quello dal lavoro agile, fortemente improntato ad una accentuazione della autodeterminazione del lavoratore, l'obbligo formativo dovrebbe essere connotato da una effettività e specificità ancora maggiore che nella modalità ordinaria di svolgimento della prestazione all'interno dei locali aziendali. Un sistema che investa sull'incremento della autonomia e della responsabilità del lavoratore, e correlativamente sull'incremento del suo livello di impegno e della sua capacità di collaborazione nell'attuazione delle misure prevenzionali, non può che garantire le necessarie basi culturali<sup>34</sup>.

A questo proposito l'art. 20 della l. 81/2017, fa riferimento solo alla possibilità che nell'accordo sia previsto per il lavoratore «il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze» senza nessun richiamo alla normativa generale, né ulteriori specificazioni. Ma diviene invece imprescindibile, per la effettività della prevenzione e dell'obbligo di cooperazione, esplicitato a carico del lavoratore agile dall'art. 22, che si provveda ad una formazione, un'informazione e un addestramento rinforzati che rendano il lavoratore – non solo formalmente – edotto dei rischi tipici di questa modalità di lavoro. Si pensi da un lato, ai rischi più tradizionali, connessi all'uso degli strumenti informatici e tecnologici<sup>35</sup>, ma anche ai c.d. rischi psicosociali, particolarmente evidenti specialmente nel lavoro a distanza, amplificati dall'isolamento sociale, dalle minori opportunità di usufruire del supporto di superiori e colleghi, con conseguente, tra l'altro, minore identificazione con la propria organizzazione del lavoro<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> PASCUCCI, *op. cit.*, 85; STOLFA, LECCESE, *La cultura della sicurezza fra organizzazione e formazione*, in *Dir. Sic. Lav.*, 2016, 1, 60; in argomento, altresì, CAROLLO, *Informazione e formazione dei lavoratori*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2008, 489 ss.; CINQUINA, *La formazione continua per la sicurezza dei lavoratori*, in *Sicurezza & Ambiente*, 2012, 10, 38 ss.; FANTINI, GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione, la prassi*, Giuffrè, 2011, 179 ss.; TULLINI, *op. cit.*

<sup>33</sup> Così STOLFA, LECCESE, *op. cit.*, 60. Dato confermato anche da alcuni studi sul campo: in uno studio recente condotto su duecento lavoratori di un'industria metalmeccanica è stata rilevata una bassissima percezione del rischio ed una superficiale adesione alle procedure di sicurezza (studio riportato da CAPONETTI, *op. cit.*, 54).

<sup>34</sup> Di interesse lo studio di Taylor e Snyder, riportato da CAPONETTI, *ivi.*, che hanno dimostrato – seppur in una prova di laboratorio – come la percezione del rischio e la relativa messa in atto di misure di protezione durante il lavoro ha notevoli margini di miglioramento se è lo stesso lavoratore ad essere libero di scegliere: quando l'individuo sa di essere il solo responsabile della sua protezione, possono riscontrarsi significativi e positivi risultati sulla percezione del rischio.

<sup>35</sup> Già previsti nel dettaglio ed elencati nell'art. 174 t.u. 81/2008: rischi per la vista e per gli occhi; problemi legati alla postura ed all'affaticamento fisico o mentale; condizioni ergonomiche e di igiene ambientale,

<sup>36</sup> Sui rischi psicosociali con particolare riferimento ai profili penali, si veda CURI, *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, Bup, 2003; e su tali



Il principio di collaborazione del lavoratore assume un ruolo di grande rilievo in relazione al tema della disconnessione, intesa come diritto/dovere, «essendo nella disponibilità materiale del lavoratore la possibilità di “staccarsi dalla rete” ed accantonare il lavoro, in particolare quando questo si compie nello stesso luogo in cui si svolge anche la vita privata del lavoratore»<sup>37</sup>; anche dunque con riferimento al rischio di confusione tra vita privata e vita professionale, e alla corretta gestione dei tempi di lavoro e di riposo, la formazione dovrà veicolare la giusta consapevolezza e gli strumenti adeguati<sup>38</sup>.

In definitiva, se una delle tipicità del lavoro agile è mettere al centro dell'organizzazione la persona, allo scopo di promuovere congiuntamente benessere e produttività, come in effetti si legge in apertura dell'art. 18 l. 81/2017 (« Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile»); se strumenti principe per il raggiungimento di questa centralità sembrano essere l'investimento sulla collaborazione, sulla capacità della persona di essere responsabile e di gestire la propria autonomia, e dunque la fiducia più che il controllo<sup>39</sup>, ci sembra che questa nuova modalità di lavoro, correttamente interpretata, possa rappresentare un passaggio importante verso una visione della organizzazione produttiva e della sicurezza come valori comuni ai molteplici soggetti che ne fanno parte, primo fra tutti il lavoratore.

---

rischi come possono declinarsi in relazione alle modalità di lavoro da remoto ed in particolare in relazione alla modalità agile, vedi, FRACCAROLI-DEPOLO, *Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo*, in *Giornale DLRI*, 2017, 640 ss.; LOI, *La Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, 2017, 1, 259; MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, 17 ss.; PAOLANTONIO, *L'attenzione alla salute nel lavoro Smart e digitale*, in *ISL*, 2020, 11; PELUSI, *op. cit.*, 1041 ss.

<sup>37</sup> Così DE NARDO, *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 6/2017, 180.

Nello specifico sul diritto alla disconnessione nel lavoro agile, cfr., DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *DRI*, 2017, 4, 1024; ROMENO, *La connessione continua dei lavoratori: vs il prevalente diritto costituzionale ai riposi*, in *ADL*, 2019, 2, 116; SCIOTTI, *op. cit.*, 376; TIMELLINI, *La disconnessione bussava alla porta del legislatore*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2019, 1, 315 ss.; ZEPELLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *RGLPS*, 2019, 305 ss.; ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour & Law*, vol. 5, n. 2, 2019, 214 ss.

<sup>38</sup> Sul punto DAGNINO, *op. cit.*, 1025.

<sup>39</sup> CORSO, *op. cit.*, 980, che scrive che con lo *smart working*, «si passa da un management tradizionale orientato al presenzialismo e al controllo degli adempimenti, ad uno nuovo che ha dei principi che sono profondamente diversi: il superamento della cultura del sospetto e del formalismo a favore di una fiducia misurata e controllata nei confronti del lavoratore»; nello stesso senso, PAOLANTONIO, *op. cit.*, 3; CAPONETTI, *L'obbligazione di sicurezza*, 60, secondo cui «non è un segreto che accrescere davvero la cultura della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro è necessario il coinvolgimento delle persone, delle buone relazioni, in grado di produrre buone prassi e risultati tangibili».



# “CURA ITALIA” E DETENZIONE DOMICILIARE TRA PROCLAMI ED EFFETTIVITÀ

**Giuseppe Murone**

**Sommario:** **1.** Nuova detenzione domiciliare e *ratio*. – **2.** Procedimento applicativo. – **3.** Emergenza sanitaria e legislazione emergenziale. – **4.** Cause di esclusione e “legge Spazzacorrotti”. – **5.** Applicazione obbligatoria della procedura di controllo. – **6.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

*L'autore analizza la particolare disciplina della detenzione domiciliare per pene non superiori a diciotto mesi introdotta dal d.l. n. 18 del 2020 (c.d. decreto “Cura Italia”) al fine dichiarato di contrastare “l'emergenza epidemiologica da Covid-19” e “attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti”, evidenziando come si sia inteso recuperare il modello operativo promanante dall'art. 1 l. n. 199 del 2010 e apportare ad esso modifiche procedurali tali, negli intenti, da snellirne il procedimento applicativo e renderlo adeguato ai fini dichiarati.*

*Muovendo da tali presupposti, il contributo si concentra in via essenziale sull'applicazione obbligatoria delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici a tutti i condannati maggiorenni la cui pena da espiare abbia durata superiore a sei mesi, principale tratto caratterizzante della riforma, esaminando l'istituto di nuova introduzione sotto i profili relativi alla effettività e alla coerenza agli scopi.*

*The author analyzes the particular regulation of house detention for convictions not exceeding eighteen months, introduced by the legislative decree n. 18 of 2020 (the so-called “Cura Italia”) with the purpose of countering “the epidemiological emergency from Covid-19” and “mitigating the chronic problem of prisons overcrowding”, highlighting how it was intended to recover the operating model from the art. 1 of the law n. 199 of 2010, and make procedural changes to it, in order to simplify the application procedure and make it suitable for the stated purposes.*

*Starting from these assumptions, the following essays essentially focuses on the compulsory application of the control procedures generated by electronic tags to all convicted adults whose sentence to expiate lasts longer than six months, the main feature of the reform, examining the newly introduced regulation in terms of effectiveness and consistency of purposes.*

## 1. Nuova detenzione domiciliare e *ratio*.

Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante *"Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"*, ha introdotto, all'art. 123, una particolare disciplina della detenzione domiciliare per pene non superiori a diciotto mesi, che si pone come derogatoria, per espressa previsione, rispetto a quella ordinariamente prevista dall'art. 1 l. 26 novembre 2010, n. 199 e interessa un periodo temporale rigidamente predeterminato, che va dal 17 marzo 2020, giorno di entrata in vigore del provvedimento, al 30 giugno 2020.

La relazione illustrativa del decreto legge, espressamente richiamando *"l'emergenza epidemiologica da Covid-19"* e *"l'ampia concentrazione di personale di polizia penitenziaria, di detenuti e di operatori"*, consente di immediatamente individuarne la *ratio* nella *"opportunità di percorrere moderate e accorte soluzioni volte ad alleggerire quella concentrazione e, al contempo, ad attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti"*. Ed ancora, la successiva circolare del Ministero dell'Interno n. 15350/117(2)/Uff. III-Prot. Civ. del 18 marzo 2020 chiarisce che *"gli artt. 123 e 124 del decreto ... recano disposizioni in materia, rispettivamente, di detenzione domiciliare e di licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà, finalizzate ad attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti penitenziari"*.

La rubrica della disposizione in commento (*"Disposizioni in materia di detenzione domiciliare"*) consente, per altro verso, di comprendere subito come l'intervento sia rivolto in via esclusiva ai soggetti condannati in via definitiva: si è inteso intervenire unicamente sulla esecuzione della pena detentiva ed esula chiaramente dall'ambito applicativo della norma la custodia cautelare in carcere.

## 2. Procedimento applicativo.

Il peculiare istituto "a tempo" intende recuperare il modello operativo promanante dall'art. 1 l. n. 199 del 2010, che prevede la possibilità di eseguire le pene detentive di durata non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, in luoghi esterni al carcere ed esattamente presso l'abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza.

Nello specifico, l'art. 123, comma 1, d.l. n. 18 del 2020 deroga espressamente al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 1 l. n. 199 del 2010 e richiama, al comma 8, le ulteriori previsioni della medesima disposizione ove compatibili; è previsto che il procedimento applicativo della particolare forma di detenzione domiciliare in commento venga avviato *"su istanza"*, promanante - in difetto di espressa indicazione legislativa e secondo la menzionata relazione illustrativa - dall'interessato, dal direttore dell'istituto penitenziario o dal pubblico ministero, e si concluda con ordinanza del magistrato di sorveglianza, resa *inaudita altera parte*.

Il comma 1 della richiamata disposizione esclude in maniera rigida la possibilità di applicare la misura a quattro gruppi di soggetti:

- condannati per i c.d. reati ostativi di cui all'art. 4-bis l. 26 luglio 1975, n. 354, oltre che per i reati di cui agli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari o conviventi) e 612-bis c.p. (atti persecutori) (lett. a);

- delinquenti abituali, professionali o per tendenza ai sensi degli artt. 102, 105 e 108 c.p. (lett. b);
- detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14-bis l. n. 354 del 1975, che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 o nei cui confronti sia stato redatto rapporto disciplinare ai sensi dell'articolo 81 del medesimo decreto, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020 (lett. c, d ed e);
- detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato (lett. f).

Il magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento che dispone l'esecuzione della pena presso il domicilio, salvo che ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura, e, dunque - in ipotesi di soggetto detenuto al momento di applicazione della misura - senza che la direzione dell'istituto penitenziario debba, previamente, necessariamente trasmettere la relazione sul complessivo comportamento dal medesimo tenuto, a differenza di quanto ordinariamente previsto dall'art. 1 l. n. 199 del 2010.

Per l'espresso richiamo contenuto al comma 5 dell'art. 1 l. n. 199 del 2010, il procedimento applicativo è a contraddittorio differito e segue le forme previste dall'art. 69-bis l. n. 354 del 1975: il magistrato provvede con ordinanza adottata nel termine di cinque giorni in camera di consiglio senza la presenza delle parti, avverso la quale può essere proposto reclamo entro dieci giorni al tribunale di sorveglianza.

Salvo che si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non è superiore a sei mesi, è applicata obbligatoriamente la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari, alla cui applicazione il condannato deve prestare il consenso: a tal fine, è previsto, al comma 5 della norma in commento, che il Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia, d'intesa con il Capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, adotti - entro il termine di dieci giorni dall'entrata in vigore del decreto legge - un provvedimento volto ad individuare il numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Da ultimo, è stabilito che l'esecuzione del provvedimento di concessione della misura nei confronti dei condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avvenga progressivamente, a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore.

### 3. Emergenza sanitaria e legislazione emergenziale.

Così ricostruita in via di estrema sintesi la particolare disciplina prevista per la nuova forma di detenzione domiciliare "da Coronavirus", appare di interesse rilevare come il nuovo regime, transeunte e figlio della legislazione dell'emergenza, intervenga ricalcando e modificando un istituto, la detenzione domiciliare relativa alle pene detentive non superiori a diciotto mesi, a sua volta originariamente destinato ad avere ambito temporale di applicazione limitato e derivante da legislazione emergenziale.

Ed invero, l'art. 1 l. n. 199 del 2010 prevedeva inizialmente l'efficacia dell'istituto "fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque,

*non oltre il 31 dicembre 2013*": tale durata, a cagione della mancata risoluzione dell'emergenza carceraria, è stata stabilizzata dal d.l. n. 146 del 23 dicembre 2013. Ciò consente di formulare un primo rilievo: il legislatore ha inteso esplicitamente "*attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti penitenziari*" – come evidenziato in premessa – evidentemente accorgendosi del "problema dimenticato" in un momento di emergenza sanitaria mondiale.

La mancata risoluzione della emergenza carceraria, che aveva imposto esattamente dieci anni addietro di approntare il Piano Straordinario Penitenziario (c.d. Piano Carceri), ha imposto oggi l'utilizzo di uno strumento nato per fronteggiare tale emergenza, nel tempo diventato di uso comune a causa della sua mancata gestione e risoluzione e, nei tempi attuali, adattato al fine di fronteggiare, oltre e in aggiunta ad essa, la più grave crisi sanitaria della storia moderna.

La "lunga" e peculiare storia del nuovo istituto consente, quindi, di individuare la ragione della essenzialità del suo utilizzo, ossia della necessità di intervenire su un problema accantonato e che si presenta oggi esponenzialmente aggravato, nella assoluta indifferenza alla risoluzione dello stesso.

Ma vi è di più, in quanto il nuovo strumento si pone, invero, in indiscutibile contrasto con la più recente riforma penitenziaria, la c.d. riforma Conte-Bonafede attuata dai d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124, che non ha in alcun modo inteso valorizzare e meglio coordinare tra loro le misure alternative alla detenzione e, al contrario, ha opposto una netta chiusura alla modificabilità *in itinere* della pena detentiva, in tal guisa collocandosi a distanza abissale dai parametri imposti dalla Costituzione e dalla sentenza n. 149 del 2018 della Corte Costituzionale, che aveva individuato nella "*progressività trattamentale*" e nella "*flessibilità*" della pena una diretta "*attuazione del canone costituzionale della rieducazione del condannato*". Esso si mostra, peraltro, assolutamente indifferente, nella *intentio legislatoris*, alla finalità rieducativa della pena, espressamente intesa nella relazione illustrativa all'intervento di riforma come "*principio rieducativo per cui le pene irrogate debbono essere scontate*".

Nella direzione complessivamente evocata, può concludersi, la *ratio* dell'intervento è immediatamente correlata ad un errore di sistema, ad un sistema ordinariamente e strutturalmente incapace di assicurare condizioni idonee negli istituti carcerari: in tal senso, il duplicarsi dell'emergenza ha imposto di duplicare uno strumento di matrice emergenziale.

#### 4. Cause di esclusione e "legge Spazzacorrotti".

Sotto altro profilo, appare opportuno verificare la possibilità di legittimamente ritenere esclusi da coloro cui è concedibile la nuova misura alternativa alla detenzione in commento i soggetti che sono stati condannati per reati contro la Pubblica Amministrazione per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

Giova, a tale proposito, ricordare che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 32 del 12 febbraio 2020, ha in via generale ritenuto costituzionalmente illegittima, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna, l'interpretazione secondo cui le modifiche peggiorative della disciplina sulle misure alternative alla detenzione potrebbero essere applicate retroattivamente.

In tal senso, è stato precisato che se al momento del reato è prevista una pena che può essere scontata fuori dal carcere ma una legge successiva la trasforma in una pena da eseguire dentro il carcere, quella legge non può avere effetto retroattivo: tale decisione è il risultato di una rimediazione del tradizionale orientamento secondo cui le pene dovessero sempre essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione e non a quella in vigore al momento del fatto, in quanto il principio sancito dall'art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere punito con una pena non prevista al momento del fatto o con una pena più grave di quella allora prevista, opera come *“uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico, che stanno al cuore stesso del concetto di Stato di diritto”*.

Pertanto, se, di regola, è legittimo che le modalità esecutive della pena siano disciplinate dalla legge in vigore al momento dell'esecuzione e non da quella in vigore al momento del fatto, ciò non può valere, sottolinea la sentenza, *“allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato”*.

La “legge Spazzacorrotti”, conclusivamente, ha reso assai più gravose le condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale, sicché non può essere applicata retroattivamente dai giudici, ossia interpretata nel senso che le modificazioni da essa introdotte si applichino anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Tale principio è stato dalla Corte Costituzionale specificato anche con particolare riferimento alla *“detenzione domiciliare nelle sue varie forme”*.

Poste tali premesse di carattere generale, si deve considerare come, a parere di chi scrive, l'estensione delle preclusioni promananti dall'art. 4-bis l. n. 354 del 1975 introdotta dalla “legge Spazzacorrotti” non possa valere con riferimento alla particolare forma di detenzione domiciliare in commento: rientrando quest'ultima sicuramente nel *genus* delle misure alternative alla detenzione, la nuova introduzione della stessa, pur successiva alla stessa l. n. 3 del 2019, non osta alla possibilità di considerare la stessa concedibile ai soggetti condannati per reati contro la Pubblica Amministrazione, ove gli stessi abbiano commesso il reato in un momento antecedente all'entrata in vigore di quest'ultima.

In tale prospettiva, assume valore decisivo, al fine di stabilire se la misura alternativa è concedibile al soggetto, il momento di commissione del fatto: ne consegue che l'art. 123 d.l. n. 18 del 2020 dovrà essere interpretato nel senso che le preclusioni contenute nella lett. a del comma 1 della medesima disposizione non possono essere applicate ai soggetti che hanno commesso i reati contro la Pubblica Amministrazione inclusi nell'elenco di cui all'art. 4-bis l. n. 354 del 1975 in un momento antecedente all'entrata in vigore della “legge Spazzacorrotti”.

## 5. Applicazione obbligatoria della procedura di controllo.

Da ultimo, particolare considerazione merita la previsione relativa all'applicazione obbligatoria delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici – per tali intendendosi essenzialmente un'apparecchiatura composta da una centralina fissa (il ricevitore) e da un dispositivo che viene applicato alla caviglia del

sorvegliato (il trasmettitore, c.d. braccialetto elettronico) – a tutti i condannati maggiorenni la cui pena residua da espiare sia superiore a sei mesi.

Essa, in senso proprio, sdoppia il procedimento applicativo secondo due binari paralleli: i soggetti minorenni o con pena da espiare non superiore a sei mesi beneficeranno della misura alternativa, a condizione di non rientrare nelle categorie di esclusione, su istanza e salvo che ricorrano gravi motivi ostativi, ai soggetti maggiorenni e con pena da espiare superiore a sei mesi – numericamente assai più rilevanti – l'applicazione effettiva della stessa verrà invece preclusa a meno di non rientrare nel numero dei braccialetti elettronici individuati da un atto amministrativo successivo al decreto legge in commento.

Ciò consente immediatamente di comprendere come la previsione in argomento misuri la tenuta dell'istituto di nuova introduzione in punto di effettività e coerenza agli scopi, consentendo d'altro canto di valutare la reale capacità dello stesso di garantire un intervento urgente.

Giova, *in primis*, rilevare che la disposizione dell'art. 123, comma 3, d.l. n. 18 del 2020 è radicalmente distinta rispetto a quella di cui all'art. 275-*bis*, comma 1, c.p.p., che, nel prevedere l'applicazione delle medesime procedure, in ipotesi di disposizione degli arresti domiciliari, salvo che il giudice le ritenga non necessarie, presuppone comunque che il giudice ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria: in caso di esito negativo, hanno precisato le Sezioni Unite con sentenza n. 20769 del 2016, il giudice deve valutare la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna delle misure, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto e, pertanto, all'accertata indisponibilità del congegno elettronico non può conseguire alcuna automatica applicazione né della custodia cautelare in carcere né degli arresti domiciliari tradizionali.

Ed ancora, la previsione in oggetto si pone come norma speciale rispetto a quanto previsto in via generale per la detenzione domiciliare dall'art. 58-*quinquies* l. n. 354 del 1975, che dispone che il magistrato o il tribunale di sorveglianza possano prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, in base alla effettiva disponibilità da parte della polizia giudiziaria, anche nel corso dell'esecuzione della misura.

Nella direzione evocata, nel caso che ne occupa la logica è chiaramente invertita: è prevista l'obbligatoria applicazione degli strumenti di controllo e, a tutti coloro i quali non rientrano nel "*numero dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici da rendere disponibili*", individuato ai sensi del comma 5 dell'art. 123 d.l. n. 18 del 2020 con autonomo atto amministrativo periodicamente aggiornato, e nel numero degli strumenti riservati a ciascun istituto, ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, risulta preclusa *sic et simpliciter* la possibilità di accedere alla misura alternativa alla detenzione. Ciò risulta speculare, a ben vedere, a quanto previsto sul piano procedurale con riferimento alla concedibilità della nuova detenzione domiciliare a condizione che il magistrato di sorveglianza non ravvisi "*gravi motivi ostativi*" e senza previo svolgimento di effettiva istruttoria (in difetto pure di redazione della relazione sulla condotta del detenuto in carcere ad opera del direttore dell'istituto penitenziario).

Agli automatismi applicativi, può concludersi, fanno da compendio gli "automatismi esclusivi": ai soggetti con pena da espiare superiore ai sei mesi, non importa se concretamente pericolosi o meno, la misura alternativa è concessa "in ordine di minor pena", a condizione di non far parte delle categorie ostativi di cui al comma 1 dell'art.

123 d.l. n. 18 del 2020 e di rientrare nel numero dei braccialetti elettronici disponibili nel complesso e nel singolo istituto carcerario.

Quanto ricostruito consente di esprimere, nel concreto, un giudizio nettamente negativo in punto di effettività e coerenza agli scopi: la creazione *ad hoc*, in un contesto legislativo emergenziale, di un istituto che ricalca la detenzione domiciliare “ultimi diciotto mesi” e se ne differenzia quasi esclusivamente per la sommarietà e automaticità del procedimento applicativo, sia “in entrata” che “in uscita”, lontana dal poter assolvere la proclamata *intentio legislatoris* di “*attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti*”, appare poter unicamente soddisfare esigenze propagandistiche o, quantomeno, fornire risposte formali e apparenti alle molteplici istanze, da più parti promananti, volte a richiedere l'intervento dello Stato a tutela della salute dei detenuti, a fronte delle gravi condizioni interne alle carceri e dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 in atto.

In tal senso, non è concepibile l'espresso riferimento all'attenuazione del “*cronico problema di sovraffollamento degli istituti*”, a fronte della prescelta soluzione procedimentale “*step by step*” lenta e ad alto tasso di discrezionalità amministrativa nella individuazione del numero dei soggetti che si intende preservare dall'enorme rischio sanitario sugli stessi incombente e, soprattutto, a fronte delle modeste cifre che paiono trapelare nella concreta definizione del numero dei dispositivi elettronici da applicarsi in via dilazionata nel tempo (“*2.600 ... da installare in via progressiva settimanalmente*”, secondo quanto riferito dal Guardasigilli durante il Question Time alla Camera dello scorso 25 febbraio, o 5.000, di cui solo 920 in un primo momento disponibili, secondo le notizie di stampa degli ultimi giorni di marzo), che consentono immediatamente di disvelare l'ineffettività dell'intervento se comparate con le cifre ufficiali fornite dal Ministero della Giustizia in ordine alla situazione nelle carceri italiane (il dato aggiornato al 29 febbraio 2020 è di 61.230 detenuti a fronte di una capienza massima di 50.931).

Non è possibile seriamente pensare, ancora, di rendersi conto di un problema espressamente definito cronico, e dunque radicato nel tempo, e ricercare le relative soluzioni in un momento di crisi sanitaria mondiale, pretendendosi espressamente, in base all'ultimo comma della disposizione in commento, di non far derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica dall'attuazione dell'intervento, ossia di intervenire in via d'urgenza nell'ambito delle risorse già investite.

Non è seriamente ipotizzabile, da ultimo, a fronte della endemica (e ben nota) scarsissima disponibilità degli strumenti di controllo in tutto il territorio nazionale e della necessità, normativamente prevista, di attendere un ulteriore provvedimento – che avrebbe dovuto essere adottato entro il termine, non rispettato, di ulteriori dieci giorni dall'entrata in vigore del decreto legge in commento ed è volto ad individuare nel concreto il numero dei soggetti, con pena residua da espiare compresa tra i diciotto mesi e i sei mesi e un giorno, cui è concesso di espiare la residua pena presso il proprio domicilio – fornire risposte concrete e rapide al rischio di diffusione incontrollata e incontrollabile del Covid-19 all'interno degli istituti carcerari.

## 6. Considerazioni conclusive.

Alla stregua della ricostruzione che precede, è possibile rilevare come la particolare disciplina della detenzione domiciliare in commento – all'evidenza legata nel

profondo a concezioni della finalità rieducativa della pena lontane dalla Carta Costituzionale e che di per sé si rivolge ovviamente ad una sola parte della popolazione detenuta, avendo riferimento ai soli condannati in via definitiva - non appaia poter concretamente ed efficacemente far fronte alla grave condizione di sovraffollamento carcerario nella terribile crisi sanitaria in atto.

Le palesi e incontestabili necessità e urgenza di arginare la diffusione del virus Covid-19 all'interno degli istituti penitenziari avrebbero imposto soluzioni rapide ed effettive, non subordinate alla necessaria applicazione di strumenti di controllo estremamente difficili da reperire già in condizioni ordinarie e non ancora determinati nel numero e, dunque, nelle concrete possibilità di applicazione al momento dell'entrata in vigore del provvedimento legislativo.

Tali considerazioni risultano rafforzate, se possibile, dalla espressa pretesa di non effettuare investimenti volti ad attuare il provvedimento, con conseguenze impossibilità di incrementare il numero degli strumenti elettronici di controllo rispetto a quelli ordinariamente disponibili, e dal mancato rispetto del termine di dieci giorni stabilito dalla legge per l'adozione del cennato provvedimento amministrativo, che rendono ancor più evidente, se ve ne fosse bisogno, lo scollamento dai parametri di certezza e immediatezza proclamati e necessari al fine di arginare il rischio che il Coronavirus dilaghi nelle carceri.

Sarebbe stato opportuno, a ben vedere, effettivamente snellire il procedimento applicativo ordinariamente previsto per la detenzione domiciliare per pene non superiori a diciotto mesi, che al contrario appare finanche più facilmente applicabile dell'istituto di nuova introduzione, estremamente compromesso nelle potenzialità applicative - al di là delle etichette e delle apparenze che promanano da alcune semplificazioni procedurali - dall'obbligatorio riferimento a procedure di controllo pressoché introvabili sul mercato e *a priori* controllabili nel numero mediante lo strumento del richiamato atto amministrativo *sub specie* di provvedimento periodico ex art. 1, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con inevitabili conseguenze in punto di possibili, irragionevoli, discriminazioni.

Cosicché, è agevole autonomamente valutare la scelta normativa di affidare la "cura" dell'emergenza ad uno strumento mutuato da un istituto di per sé incapace di effettivamente risolvere il problema di sovraffollamento carcerario (ed invero utilizzato 27.152 volte in dieci anni secondo i dati ufficiali del Ministero della Giustizia aggiornati al 29 febbraio 2020) e, se possibile, nel concreto depotenziato.

È manifesto il rischio, in conclusione, di contingentare l'accesso alla misura alternativa in commento, correlando la tutela del diritto alla salute dei detenuti a meccanismi privi di effettività e ad alto tasso di discrezionalità, concretanti automatismi applicativi distanti negli effetti dalla *ratio* proclamata dell'intervento di riforma: si imporrà, pertanto, nelle prossime settimane la costante valutazione dei risultati della riforma e la rispondenza degli stessi ai parametri di uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza imposti dalla Carta Costituzionale, in attesa di eventuali e clamorose modifiche apportate alla disciplina in commento - anche in sede di conversione del decreto legge - al fine di renderla concretamente adeguata e tentare di recuperare, per quanto possibile, gli effetti proclamati di un provvedimento in via assoluta incapace di garantire soluzioni immediate.



# COVID-19 E RESPONSABILITÀ PENALI DEGLI OPERATORI SANITARI. BREVI RIFLESSIONI SU COME LIMITARE LA PUNIBILITÀ TRA COLPA PROFESSIONALE, STATO DI NECESSITÀ E CURE PALLIATIVE

Gian Marco Caletti

**Sommario:** **1.** Da eroi a capri espiatori? Professionisti sanitari e Covid-19. - **2.** La “colpa medica” dopo le Sezioni unite “Mariotti”: l’inadeguatezza dell’art. 590-sexies c.p. a fronteggiare l’emergenza. - **3.** (segue): una possibile soluzione *de iure condito*. Benefici e criticità dell’estensione dell’art. 2236 c.c. ai casi dell’emergenza. - **4.** Considerazioni sulle proposte avanzate. - **5.** Brevi spunti di riflessione in tema di “scelte tragiche” e cure palliative.

## ABSTRACT

*La pandemia da Covid-19 ha sollevato anche numerose questioni giuridiche, tra le quali la necessità di contenere il persistente rischio penale degli operatori sanitari alle prese con la nuova infezione. Il saggio prende brevemente in considerazione alcune possibili soluzioni con riguardo ai temi della responsabilità professionale, delle cure palliative e della tragica scelta rispetto a quale paziente garantire l’accesso alle limitate risorse.*

*The Coronavirus pandemic raised many legal issues: amongst them, the appropriateness of the decriminalization of medical negligence by health professionals who deal with the treatment of the new disease. The essay briefly considers several solutions to reduce the relevance of criminal responsibility in the fields of medical malpractice, palliative cares and tragic choices about which patient treat in a context of limited resources.*

## 1. Da eroi a capri espiatori? Professionisti sanitari e Covid-19.

L'emergenza sanitaria e le misure adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19 hanno sollevato non trascurabili problematiche anche sul piano giuridico. Tra le più urgenti è (ri)emersa prepotentemente la necessità di proteggere dal "rischio penale" gli operatori sanitari impegnati in prima linea nella gestione della pandemia.

La questione ha investito l'opinione pubblica a partire dalla fine di marzo, in seguito ad una lettera indirizzata dal Presidente FNOMCeO<sup>1</sup>, Filippo Anelli, al Consiglio Nazionale Forense, nella quale esprimeva preoccupazione per le iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati, candidatisi pubblicamente a rappresentare le famiglie delle vittime di Covid-19 denunciando in sede penale eventuali negligenze avvenute nel corso delle attività di prevenzione del contagio e/o di cura della malattia. In effetti, in concomitanza del divampare dell'epidemia e dei primi casi di decesso sono apparsi annunci pubblicitari in rete, interviste su quotidiani e persino *brochure* nelle bacheche di alcune strutture ospedaliere.

I principali organi istituzionali dell'avvocatura - dal Consiglio Nazionale Forense all'Unione Camere Penali Italiane - hanno assunto posizioni di grande durezza nei confronti degli iscritti autori di tali "bassezze" deontologiche, promettendo ripercussioni a livello disciplinare<sup>2</sup>.

Tuttavia, è parso sin da subito ineludibile anche un ripensamento legislativo della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie in chiave fortemente limitativa.

Come noto, l'emergenza ha messo a dura prova la tenuta del Servizio Sanitario Nazionale. La diffusione a ritmo esponenziale della malattia e l'elevato numero di contagiati hanno drammaticamente evidenziato la limitatezza delle risorse a disposizione. L'improvvisa impennata nella richiesta di posti letto nei reparti di malattie infettive, pneumologia e terapia intensiva ha reso necessaria una riorganizzazione complessiva di numerose strutture sanitarie, per fare spazio e isolare i pazienti contagiati. Farmaci e apparecchi sono stati contingentati. Professionisti di ogni specializzazione sono stati chiamati a farsi carico dell'emergenza, effettuando turni di lavoro massacranti e combattendo la pandemia «a mani nude»<sup>3</sup>; mentre giovani laureati, specializzandi e pensionati hanno dovuto sopperire alle carenze di personale<sup>4</sup>.

L'eccezionale scenario causato dalla pandemia moltiplica le occasioni e le possibilità di commettere errori, col rischio, aggravato dall'elevatissimo numero di decessi, che degli avventi avversi possano essere incolpati gli stessi operatori sanitari.

---

<sup>1</sup> Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri. Il testo integrale della lettera è pubblicato su [portale.fnomceo.it](http://portale.fnomceo.it). Alla segnalazione della FNOMCeO ha fatto eco, a stretto giro di posta, anche l'accorato appello della FNOPI, Federazione nazionale degli ordini professionali infermieristiche, peraltro le categorie più colpite dal contagio (secondo alcune stime circa l'80% dei sanitari contagiati).

<sup>2</sup> Si vedano in proposito le esortazioni pubbliche del 2 aprile da parte del Consiglio Nazionale Forense agli organismi distrettuali a vigilare sulle predette condotte degli iscritti.

<sup>3</sup> Espressione utilizzata dal Presidente Anelli nella lettera aperta al CNF, che fa probabilmente riferimento alla carenza di dispositivi di protezione (guanti, mascherine, ecc.).

<sup>4</sup> Per un quadro aggiornato della situazione si rimanda ai numerosi approfondimenti presenti sul sito [quotidianosanita.it](http://quotidianosanita.it).

Nondimeno, sembra del tutto singolare che ad essere sotto i riflettori per via dell'epidemia sia una questione penalistica "classica" come la sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari, già oggetto di due riforme ancora recenti (2012 e 2017) e talmente dibattuta negli ultimi anni che non pare fuori luogo la nota metafora del "fiume di inchiostro"<sup>5</sup>.

In fondo, il riproporsi del problema sembra proprio confermare, una volta di più, il radicale fallimento della disciplina penalistica approntata dalla legge n. 24/2017, nota come "Gelli-Bianco", che mirava a circoscrivere definitivamente il perimetro dell'illecito colposo in ambito sanitario, in vista di un cambio di paradigma dalla repressione alla prevenzione<sup>6</sup>.

Proprio da una breve ricognizione dell'"esistente" conviene, allora, prendere le mosse prima di sviluppare alcune riflessioni sulle possibili soluzioni sul piano normativo.

## 2. La "colpa medica" dopo le Sezioni unite "Mariotti": l'inadeguatezza dell'art. 590-sexies c.p. a fronteggiare l'emergenza.

Nella disciplina attuale l'unico argine (diretto) alla responsabilità colposa degli esercenti le professioni sanitarie è costituito dal secondo comma dell'art. 590-sexies c.p.<sup>7</sup>.

Tuttavia, come noto, l'ermetica formulazione della norma introdotta dalla riforma "Gelli-Bianco" è stata sin da subito foriera di «*alti dubbi interpretativi*» e la «*drammatica incompatibilità logica*» di alcuni passaggi testuali della nuova norma ha condotto, a soli nove mesi dalla sua entrata in vigore, ad un intervento delle Sezioni unite penali<sup>8</sup>. È così che nel febbraio 2018 la sentenza "Mariotti" ha ridefinito i confini di applicabilità della nuova norma, stabilendo che l'esercente la professione sanitaria può essere chiamato a rispondere della morte o delle lesioni del paziente a titolo di colpa:

- 1) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza;
- 2) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida ufficialmente ricono-

---

<sup>5</sup> In un recente saggio sull'argomento (v. G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *DPC-Riv. Trim.*, 2019, 1 ss.) si è provato a raccogliere buona parte della bibliografia in argomento dagli anni '70 ad oggi, ottenendo un risultato pressoché "monografico". La bibliografia, in fondo al saggio, occupa ben 13 pagine.

<sup>6</sup> Sull'incompatibilità tra i due modelli, O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "Disegno di Legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *CP*, 2017, 386 ss.

<sup>7</sup> A norma del quale, nei casi di omicidio e lesioni personali colpose: «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

<sup>8</sup> Le espressioni richiamate nel testo sono della prima sentenza che si è occupata dell'esegesi della norma. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20.4.2017, n. 28187, (rel. Blaiotta e Montagni, ric. Tarabori).

sciute e convalidate dal nuovo sistema pubblico di raccolta o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

- 3) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
- 4) se l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico<sup>9</sup>.

Lo spettro applicativo della causa di non punibilità incentrata sul grado della colpa individuata dalla sentenza "Mariotti" (n. 4) è – come evidente – assai circoscritto<sup>10</sup>. Peraltro, il giudice di merito che voglia applicare il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. corre il pericolo di rimanere sopraffatto dalla molteplicità degli ostacoli interpretativi da superare<sup>11</sup>. Infatti, deve anzitutto stabilire se il sanitario ha rispettato una linea guida e, contestualmente, individuare la commissione di un errore nell'*adattamento* di quella linea guida allo specifico caso clinico. In questa fase, l'interprete deve fare attenzione a non confondere una linea guida in partenza *inadeguata* rispetto alla situazione affrontata – nel qual caso deve abbandonare la propria "impresa" e valutare la sussistenza di una colpa lieve –, con una imprecisione del sanitario nell'*adeguarla* correttamente alle esigenze del paziente: la causa di non punibilità si estende, infatti, solo ad errori esecutivi, ma la distinzione appare quantomai labile<sup>12</sup>.

Successivamente, è necessario riscontrare l'accreditamento formale della linea guida applicata all'interno del catalogo del Sistema Nazionale per le Linee guida, che, però, risulta non ancora degnamente aggiornato. Infine, il giudice deve domandarsi se l'errore esecutivo può essere riconducibile al *genus* dell'imperizia; per quest'operazione, tuttavia, non è dato fare affidamento su condivisi riferimenti interpretativi (v. anche *infra*, § 3).

Solo all'esito di queste "peripezie" ermeneutiche, il giudicante è chiamato a distinguere la gravità della colpa del sanitario che ha isolato nei tre precedenti farraginosi passaggi.

Come è già stato osservato da attenta dottrina, dunque, la disciplina introdotta dalla legge "Gelli-Bianco" pare tutt'altro che adatta a fronte delle specificità dell'emergenza sanitaria da Covid-19<sup>13</sup>. Non foss'altro perché l'operatività della causa di

<sup>9</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 31.3.2016, n. 22474 (rel. Vessichelli, ric. Mariotti), in *RIML*, 2018, con nota di M. CAPUTO, 345 ss.; nonché in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2018, con commento di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, 25 ss.

<sup>10</sup> Peraltro, l'apprezzabile sforzo ermeneutico delle Sezioni unite non ha fatto "evaporare" alcune criticità interpretative che, fin dai primi commenti, la dottrina aveva segnalato affliggere l'art. 590-sexies c.p.; ed anzi, sotto alcuni profili, ha contribuito ad incrementare le probabilità di possibili disorientamenti. Per tutti, C. CUPELLI, *L'anamorfoosi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *RIDPP*, 2019, 1969 ss.; G.M. CALETTI, *op. cit.*, 19 ss.

<sup>11</sup> Tanto che sino ad oggi si registra un solo caso di applicazione da parte del Tribunale di Parma. V. M.L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co.2, c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2019.

<sup>12</sup> Per un approfondimento di questa labile distinzione tra errore esecutivo nel rispetto della linea guida ed errore nella scelta della stessa, G.M. CALETTI, *op. cit.*, 22 ss.

<sup>13</sup> In questo senso, con la consueta chiarezza, già C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla puni-*

non punibilità è *sempre* condizionata al rispetto di linee guida accreditate, quando, invece, la diffusione di una infezione sconosciuta non può che riverberarsi in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate<sup>14</sup>. Da quanto è dato sapere, la cura del Covid-19 avviene interamente “*off label*”, ovvero attraverso l’impiego “fuori etichetta” di farmaci pensati per altre patologie, nella speranza che abbiano un effetto antivirale utile a debellare la nuova infezione polmonare.

Si tratta, in sostanza, di uno scenario che non può *mai* essere attinto dalla disciplina introdotta nel 2017.

A dire il vero, l’SNLG ha attivato sul proprio sito, nella sezione “*buone pratiche*”, una pagina relativa al *Corona Virus Disease*<sup>15</sup>, nella quale, premesso che «la rassegna è in *costante aggiornamento*», sono raccolti i «documenti più *attendibili* sull’emergenza sanitaria». In linea teorica, l’art. 590-*sexies* c.p. ammette che, in assenza di linee guida accreditate, l’osservanza di “buone pratiche” possa costituire presupposto per l’applicazione della causa di non punibilità. Ciò nonostante, la strada dell’applicazione dell’art. 590-*sexies* c.p. continua a sembrare decisamente in salita: il linguaggio della pagina *web* dell’SNLG denota tutta l’*incertezza* dell’attuale quadro scientifico, che imporrebbe al processo penale di inseguire il susseguirsi – e magari il contraddirsi – delle diverse indicazioni scientifiche avvicendatesi nel tempo.

Ad ogni modo, più in generale, il complesso *iter* interpretativo al quale viene “condannato” il giudice per giungere all’applicazione dell’art. 590-*sexies* c.p. appare evidentemente incompatibile con la portata dell’emergenza pandemica in corso.

Inoltre, sembra il caso di precisare che la norma introdotta nel 2017 fa esclusivo riferimento alle fattispecie di lesioni ed omicidio colposo, mentre dalla cronaca si apprende dell’avvio di procedimenti penali per il reato di epidemia colposa di cui al combinato disposto degli artt. 438 e 452 c.p.<sup>16</sup>.

### 3. (segue): una possibile soluzione *de iure condito*. Benefici e criticità dell’estensione dell’art. 2236 c.c. ai casi dell’emergenza.

Ad uno sguardo più approfondito, tuttavia, il diritto vivente offrirebbe uno strumento più efficace dell’art. 590-*sexies* c.p. per contenere le responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie alle prese con la cura del “*virus*”. Si tratta dell’art. 2236 del codice civile, a norma del quale il prestatore d’opera, qualora si trovi ad affrontare problemi di speciale difficoltà, risponde dei danni cagionati solo per dolo o *colpa grave*.

Come noto, la disposizione civilistica è stata utilizzata per lungo tempo – all’incirca fino agli inizi degli anni ‘80 – dalla giurisprudenza penale per giustificare sentenze di proscioglimento nei confronti dei sanitari che non si fossero resi responsabili di vio-

---

zione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 30 marzo 2020.

<sup>14</sup> Non a caso, la prima individuazione del *virus* nel focolaio lombardo è avvenuta trasgredendo le linee guida. V. *Coronavirus, l’anestesista di Codogno che ha intuito la diagnosi di Mattia: “Ho pensato all’impossibile”*, in [www.larepubblica.it](http://www.larepubblica.it), 6 marzo 2020.

<sup>15</sup> V. [www.snlq.iss.it](http://www.snlq.iss.it).

<sup>16</sup> Ad es. *Sassari, si indaga per epidemia colposa*, su [www.ansa.it](http://www.ansa.it), 24 marzo 2020.

lazioni cautelari grossolane e macroscopiche. Gradualmente poi, in coincidenza con l'affermarsi di un nuovo e diverso paradigma come quello dell'"alleanza terapeutica", l'art. 2236 c.c. è stato abbandonato dai giudici penali, con il conseguente scivolamento verso la punibilità "a tappeto" della colpa lieve, tra le cause all'origine della ancora attuale sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari<sup>17</sup>.

Va tuttavia segnalato che, recentemente, un coraggioso orientamento della quarta Sezione della Cassazione ha provato a rilanciare l'art. 2236 c.c. nei giudizi di *medical malpractice*, giustificando il rinnovato richiamo alla disposizione civilistica sulla base di una "regola di esperienza" e non per via di una applicazione diretta<sup>18</sup>. La rinascita dell'art. 2236 c.c. ha tratto nuova linfa anche dalle poco convincenti riforme approvate dal legislatore, ed è stato individuato dalle principali pronunce degli ultimi anni - "Tarabori" e "Mariotti" - e dalla dottrina come l'alternativa per proseguire nella tanto attesa depenalizzazione degli errori medici, estendendo il salvifico criterio della colpa grave oltre gli angusti pertugi dell'art. 590-*sexies* c.p.<sup>19</sup>.

Per certi versi, i presupposti applicativi dell'art. 2236 c.c. sembrano adattarsi bene alla situazione emergenziale creatasi, specie con riguardo alla particolare difficoltà della prestazione. Come si era auspicato altrove<sup>20</sup>, infatti, le Sezioni unite nel 2017 hanno riconosciuto come il coefficiente di difficoltà di una prestazione medica, per quanto apparentemente semplice "sulla carta", possa aumentare in forza di fattori organizzativi o della presenza di situazioni emergenziali, legittimando dunque il ricorso alla "regola di esperienza" di cui all'art. 2236 c.c. Nella sentenza "Mariotti" ci si riferisce a tale norma come ad «un precetto che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla *mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili*»<sup>21</sup>; parole, specie queste ultime evidenziate in corsivo, che sembrano pensate per descrivere la situazione attuale.

In questa prospettiva, il contesto nel quale il sanitario è chiamato ad operare avrebbe una doppia valenza: da una parte, rendendo i problemi da affrontare di "speciale difficoltà", giustificerebbe l'utilizzo di un criterio di imputazione più favorevole come quello della colpa grave ex art. 2236 c.c.; dall'altra parte, potrebbe essere valorizzato, proprio nel giudizio sul grado della colpa, per escludere la rimproverabili-

<sup>17</sup> Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a G.M. CALETTI, *op. cit.*, 3 ss.

<sup>18</sup> L'ideatore e principale sostenitore di questo filone giurisprudenziale è il magistrato di Cassazione Dott. Rocco Blaiotta, già Presidente della quarta Sezione. Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 1.2.2012, n. 4391 (Imp. D.L.M., Rel. Blaiotta), in *DPP*, 2012, 1104 ss.

<sup>19</sup> In dottrina, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017. Si veda anche la posizione emersa in seno all'Associazione italiana professori di diritto penale e riassunta in M. CAPUTO, D. PULITANÒ, S. SEMINARA, *La responsabilità per colpa degli esercenti la professione sanitaria*, in *www.aijdp.it*.

<sup>20</sup> Cfr. G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *DPP*, 2017, 1377: «Si ritiene, inoltre, che a rendere il caso di "speciale difficoltà" potrebbero concorrere anche le condizioni ambientali" nelle quali il sanitario ha operato: può ben darsi, ad esempio, che un intervento del tutto *routinario* risulti complesso in forza della particolare urgenza con cui viene svolto o, caso più frequente di quanto non si creda, in ragione di carenze organizzative o strutturali».

<sup>21</sup> Cfr. Cfr. Cass. pen., S.U., 31.3.2016, n. 22474, cit., § 10.1. Corsivo di chi scrive.

tà a livello *soggettivo* di una condotta *oggettivamente* colposa maturata in ambito emergenziale<sup>22</sup>.

*De iure condito*, pertanto, l'art. 2236 c.c. potrebbe costituire una soluzione indispensabile per limitare eventuali responsabilità penali collegate alla pandemia, soprattutto nel caso in cui il legislatore finisse per non approvare una normativa *ad hoc*, o se il perimetro della stessa risultasse, ancora una volta, troppo circoscritto.

Nondimeno, sembra opportuno sottolineare talune incognite.

In primo luogo, va specificato che, a discapito delle sempre più esplicite prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità, sono ancora rare le occasioni nelle quali l'art. 2236 c.c. fa breccia nelle motivazioni delle sentenze di merito per escludere la punibilità. La riaffermazione della norma civilistica è stata sin qui rallentata anche dalla sua scarsa penetrazione tra le argomentazioni difensive. Leggendo le sentenze della Corte, infatti, ci si accorge di come i difensori, piuttosto che appellarsi all'art. 2236 c.c., preferiscano invocare l'applicazione delle nuove riforme, spesso anche in casi nei quali non solo difettano con evidenza i requisiti, ma in cui ad essere contestata è una violazione cautelare basata proprio sull'inosservanza delle linee guida (primo presupposto di entrambe le riforme).

Rimane quindi, ad esempio, incerto se anche per la rinnovata applicazione dell'art. 2236 c.c. la violazione cautelare debba assumere i sulfurei connotati dell'imperizia. Naturalmente, a differenza dell'art. 590-sexies c.p., l'art. 2236 c.c. nulla prevede sul punto. Tuttavia, l'associazione "colpa grave-imperizia" riemersa, dapprima per via giurisprudenziale con il decreto "Balduzzi", poi per espressa previsione normativa con la legge "Gelli-Bianco", costituisce il retaggio di una pronuncia della Corte Costituzionale, che, nel 1973, aveva ritenuto ammissibile l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla colpa medica, ma solo nei casi di imperizia<sup>23</sup>.

Non è questa l'occasione per ripercorrere il dibattito sorto attorno alla nozione di imperizia, categoria da tempo in disuso nella scienza penalistica<sup>24</sup>. Occorre però far luce su quello che potrebbe essere il prevedibile effetto di una riproposizione della lettura differenziata delle forme di colpa dell'art. 43 c.p. anche in relazione all'art. 2236 c.c. nel contesto dell'epidemia da Covid-19. Mai come in questo momento, sembra plausibile ipotizzare casi di colpa determinati non tanto da errori nel trattamento della malattia, quanto da stanchezza, fatica, *stress* e urgenza dovuti alle contingenze (ad es. una dimenticanza, una prescrizione affrettata, un controllo superficiale e così via). Ebbene, ove venisse confermato il metro sin qui fatto proprio dalla giurisprudenza, tutte queste ipotesi verrebbero classificate in termini di negligenza o imprudenza, con conseguente inapplicabilità del regime di responsabilità di favore.

---

<sup>22</sup> Sulla c.d. misura soggettiva della colpa, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *IP*, 2012, 21 ss.

<sup>23</sup> Per un maggiore approfondimento di tali passaggi, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, M. CAPUTO, *op. cit.*, 213 ss.

<sup>24</sup> In argomento, *ex multis*, A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *AP*, 2017, 1 ss. Per una lettura sterilizzante dell'imperizia come "negligenza ed imprudenza qualificate", G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, fasc. 4, 25 ss.

Sotto tutt'altro profilo, poi, non va tralasciato il valore simbolico che avrebbe l'introduzione dello "scudo" *ad hoc* invocato espressamente dai professionisti sanitari, rispetto ad una "silenziosa" – e, allo stato, ancora incerta – valorizzazione di un orientamento giurisprudenziale. Da questo punto di vista, è evidente come una risposta sul piano legislativo avrebbe ben altro impatto sulla potenziale «medicina difensiva dell'emergenza», tranquillizzando i sanitari circa la loro futura "incolumità" giudiziaria<sup>25</sup>. Senza considerare, poi, la diversa efficacia "deterrente" dispiegata dalle due diverse impostazioni in relazione all'apertura di indagini: è chiaro che una nuova normativa avrebbe la capacità di prevenire non solo condanne e processi, comunque improbabili, ma anche la stessa presentazione di denunce, perlomeno nella maggior parte dei casi.

#### 4. Considerazioni sulle proposte avanzate.

Occorre, allora, prendere in considerazione le proposte sin qui avanzate, con la premessa che, non essendo semplice ricostruire la "pioggia" di emendamenti riversatasi sul decreto "Cura Italia"<sup>26</sup>, nonché quali di essi verranno effettivamente discussi e quali, invece, ritirati, conviene ragionare più per direttrici e tematiche generali.

Per prima cosa, pare di poter rilevare come lo stile compilativo degli emendamenti sia particolarmente macchinoso. In quasi tutti i casi, all'interno degli stessi commi vengono intrecciate problematiche differenti – responsabilità penali e civili, eccezioni all'obbligo di rivalsa, responsabilità dei professionisti e delle strutture, ecc. – dando vita, ancora una volta, a testi di legge di non semplice lettura. Da questo punto di vista, gli insuccessi delle riforme "Balduzzi" e "Gelli-Bianco", anche a confronto con la rinascita dell'art. 2236 c.c., norma caratterizzata da un testo conciso ma efficace, dovrebbero invece aver lasciato maggiore consapevolezza della necessità di testi di legge non troppo articolati.

Un primo punto da mettere a fuoco sembra relativo all'estensione temporale del regime di favore cui si intende dar vita. Non sembra da scartare a priori, infatti, l'ipotesi di una norma che resti in vigore anche una volta cessata l'emergenza: si tratterebbe, in definitiva, di dare finalmente attuazione al disegno complessivo della legge "Gelli-Bianco", per ora naufragato per via di un'*imperizia* compilativa. Come prevedibile, invece, gli emendamenti si concentrano su una norma che abbia efficacia soltanto per il periodo dell'emergenza. In questa prospettiva, tuttavia, potrebbe essere opportuno redigere un testo di legge che non sia troppo aderente alle peculiarità della situazione contingente, ma che possa anche costituire un punto di partenza per il futuro ripensamento della responsabilità colposa in ambito sanitario<sup>27</sup>.

Circoscrivere la disciplina al periodo dell'emergenza, del resto, non appare nemmeno così semplice. Ne è la prova il fatto che gli emendamenti indicano come momento iniziale della fase d'emergenza provvedimenti diversi del Consiglio dei Ministri<sup>28</sup>. Allo stesso tempo, non sarà probabilmente nemmeno agevole individuare la

<sup>25</sup> Cfr. C. CUPELLI, *ult. op. cit.*

<sup>26</sup> Disegno di legge AS 1766: conversione in legge del decreto 17 marzo 2020, n. 18.

<sup>27</sup> In questo senso già C. CUPELLI, *ult. op. cit.*

<sup>28</sup> L'emendamento del Sen. Marucci (1.0.4.), ad esempio, indica la delibera del 31 gennaio, men-



fine dell'emergenza se è vero, come sembra, che con l'epidemia bisognerà fare i conti ancora a lungo e la condizione emergenziale cesserà in modo graduale.

L'estensione oggettiva e soggettiva dello statuto di responsabilità differenziato presenta diversi aspetti controversi. Tra le proposte è balenata anche quella di un'esenzione *tout court* da responsabilità penali, una sorta di "amnistia" generalizzata per tutte le condotte realizzate in relazione al Covid-19<sup>29</sup>. Questa soluzione, che appare inopportuna per diverse ragioni, è stata osteggiata anche dagli stessi professionisti sanitari<sup>30</sup>, poiché avrebbe offerto uno scudo inscalfibile anche alle figure dirigenziali, esteso persino ai casi in cui una loro colpa organizzativa ha determinato il contagio degli stessi operatori. Insomma, dietro alla retorica "degli eroi" si cela una moratoria di responsabilità "politico-organizzative".

Peraltro, oltre ad equiparare medici e area manageriale, la proposta di una protezione totale da responsabilità colpose mette sullo stesso piano diverse realtà del Paese, garantendo l'immunità anche a possibili condotte gravemente colpose eventualmente maturate in contesti appena sfiorati dal "virus": uno scenario che pare eccessivo.

Nessuno degli emendamenti chiarisce se la limitazione della responsabilità penale si riferisca esclusivamente ai sanitari che hanno direttamente avuto a che fare con il Covid-19 o possa estendersi anche a prestazioni mediche di altro genere. Non va trascurato, infatti, che molte strutture hanno completamente riorganizzato anche altri reparti, per fare spazio ai malati della pandemia o trasferendo parte del personale per impiegarlo per fronteggiare l'emergenza. È evidente come questi riasseti potrebbero aver influito anche sulla qualità dell'assistenza prestata ad altri malati per altre patologie e potrebbero talvolta giustificare un trattamento simile a quello riservato ai sanitari direttamente impegnati con l'epidemia.

Alla luce di tutti questi interrogativi, la soluzione che pare più ragionevole è quella, già espressa in dottrina<sup>31</sup>, di prevedere una generalizzata limitazione della responsabilità penale alla colpa grave, non circoscritta alla sola imperizia ma estesa a negligenza ed imprudenza, e arricchita di una definizione che imponga di tenere conto, nella valutazione del grado della colpa, dei fattori organizzativo-contestuali<sup>32</sup> (il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti, gli standard organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio emergenziale, l'eventuale eterogeneità della prestazione rispetto alla specializzazione del singolo operatore, il livello di pressione e/o urgenza, anche in relazione alla diffusione della pandemia nella specifica area geografica)<sup>33</sup>.

---

tre l'emendamento a firma del Sen. Mallegni (13.2) fa riferimento alla delibera del 23 febbraio.

<sup>29</sup> In questa direzione ad esempio l'emendamento a firma del Sen. Salvini (1.1.).

<sup>30</sup> V. ad esempio, *La beffa dello scudo ai medici che protegge i loro "capi" dalle cause per i ritardi sul virus*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 4 aprile 2020.

<sup>31</sup> CUPELLI, *ult. op. cit.*

<sup>32</sup> L'idea di una valorizzazione del fattore organizzativo all'interno della definizione di colpa grave era stata già prospettata nel progetto del "Centro Studi Federico Stella". Cfr. G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.

<sup>33</sup> L'emendamento che sembra maggiormente avvicinarsi a questa impostazione è quello a firma della Sen. Bernini (13.2). Per certi versi, seppure con le specificazioni che seguono nel testo, anche quello del Sen. Marcucci (1.0.4.).

La selezione del grado della colpa penalmente rilevante è un collaudato strumento, anche a livello internazionale, di riduzione del rischio penale dei sanitari<sup>34</sup>. Allo stesso tempo, però, non lascia completamente sprovvista di tutela penale la vita e la salute dei pazienti, come invece accade nel sistema “no fault”, peraltro in via di dismissione nei principali ordinamenti anglo-americani che lo avevano adottato<sup>35</sup>.

Più complesso appare invece annettere nella definizione un riferimento a linee guida o prassi consolidate relative alla gestione dell'epidemia (v. anche *supra*, § 2), come pure è stato proposto<sup>36</sup>. Oltre ai noti problemi “epistemologici” dell'utilizzo delle linee guida nei giudizi penali, che sono alla base del fallimento acclarato delle riforme del 2012 e del 2017 in sede penale<sup>37</sup>, il loro impiego ne solleverebbe di nuovi: a quali raccomandazioni affidarsi (solo quelle del sito SNLG o anche quelle, per ipotesi, elaborate dalle singole strutture)? che fare qualora si verifici un rapido avvicendamento tra più testi in continuo aggiornamento?

Lo stato di incertezza scientifica, come si è visto, è tale per cui pare fuori luogo fare riferimento a linee guida nel testo di legge. Peraltro, in un momento di ricerca di soluzioni nuove e originali, l'invito a rifugiarsi nel poco esistente sembra ancor meno opportuno.

Diversamente, linee guida o altri testi codificati potrebbero essere valorizzati in chiave accusatoria – quindi, senza trovare alcun accesso nella normativa – per ravvisare una grave colpa nella condotta di chi, in sfregio ai protocolli per prevenire la diffusione del *virus* – sui quali, in effetti, parrebbe esservi maggiore consenso dopo diversi mesi di epidemia – abbia cagionato il contagio di una o più persone<sup>38</sup>.

## 5. Brevi spunti di riflessione in tema di “scelte tragiche” e cure palliative.

Accanto al tema della colpa professionale, la diffusione dell'epidemia impone al penalista di riflettere anche su altri interrogativi relativi alla responsabilità penale degli operatori sanitari impegnati a fronteggiare l'emergenza, taluni battuti anche di recente, come quello delle cure palliative, altri, che invece si ritenevano confinati nei manuali tra gli “esempi di scuola”, relativi alla “scelta tragica” rispetto a quali pazienti garantire l'accesso alle cure in condizioni di risorse sanitarie limitate<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. G.M. CALETTI, *ult. op. cit.*, 26 ss.

<sup>35</sup> C. SCORRETTI, *Le linee guida nella medicina moderna e nella recente normativa italiana*, in G.M. CALETTI-I. CAVICCHI-C. SCORRETTI-L. VENTRE-P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017, 23 ss.

<sup>36</sup> V. emendamento del Sen. Marcucci (1.0.4.).

<sup>37</sup> Per osservazioni in merito, I. CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie, presagi*, in G.M. CALETTI-I. CAVICCHI-C. SCORRETTI-L. VENTRE-P. ZIVIZ, *op. cit.*, 103 ss.

<sup>38</sup> In questa prospettiva, peraltro, si concorda con chi estenderebbe il criterio di imputazione della colpa grave anche alla fattispecie di epidemia colposa. CUPELLI, *ult. op. cit.*

<sup>39</sup> Sul tema, già S. CANESTRARI, *Le scelte tragiche nell'ambito dell'attività medico-chirurgica*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012, 200 ss.; G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, 23 ss.

Sotto il primo profilo, sembra potersi affermare senza riserve la liceità di terapie del dolore praticate da sanitari su pazienti terminali, anche laddove esse vengano effettuate a domicilio<sup>40</sup>. Sul punto è possibile affidarsi, data la loro grande chiarezza, alle parole della legge n. 219/2017, che prevede all'art. 2, comma 1, che «il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriate terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative (...); e al comma 2, che «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente»<sup>41</sup>.

Il discorso si fa più articolato con riferimento al secondo problema.

Come noto, una parte consistente di soggetti con diagnosi di infezione da Covid-19 richiede un supporto ventilatorio a causa di una polmonite interstiziale caratterizzata da ipossemia severa<sup>42</sup>. Pertanto, i principali sforzi riorganizzativi ed economici sono stati funzionali all'aumento dei posti disponibili in "terapia intensiva". Ciò nonostante, da quanto si apprende dai media, la diffusione dell'epidemia ha dischiuso, specie nelle aree geografiche più colpite, il drammatico scenario nel quale viene a gravare sugli stessi operatori sanitari la tragica decisione su quali pazienti includere o escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione: in sostanza, la scelta di chi curare e chi no.

Si tratta di questioni dolorosissime, rispetto alle quali anche il giurista rimane completamente «nudo di certezze»<sup>43</sup>. Come evidente, esse meriterebbero ben altro studio e si intende qui offrire solo alcune coordinate essenziali, peraltro sempre nella prospettiva di non dilatare il rischio penale dei sanitari coinvolti nell'emergenza.

Gli scenari da prendere in considerazione paiono essenzialmente due.

<sup>40</sup> I quotidiani hanno ripreso la notizia per cui in Francia è stata autorizzata la somministrazione del farmaco Ritrovil, anche a domicilio, su pazienti terminali da Covid-19. La polemica seguitane ha permesso di chiarire che si tratta di una cura palliativa e non di una vera e propria eutanasia. V. *La Francia estende l'uso del Rivotril per i malati terminali di coronavirus: «per una morte senza sofferenza»*, *Corriere.it*, 9 aprile.

<sup>41</sup> Per un commento "a tutto tondo" della «buona legge buona» del 2017, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *RIDPP*, 2018, 55 ss. L'importanza delle cure palliative si è potuta apprezzare anche in relazione alla travagliata vicenda giudiziaria di Marco Cappato, relativa al suicidio assistito di Fabiano Antoniani (Dj Fabo). In argomento, ancora S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 2019, 2159 ss.

<sup>42</sup> In proposito le "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili", pubblicate dalla SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Anelgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva) il 6 marzo 2020.

<sup>43</sup> Espressione utilizzata dal noto magistrato Elvio Fassone in relazione ad un caso di sciopero della fame da parte di alcuni detenuti affiliati alle "Brigate Rosse", rispetto ai quali era stata invocata l'applicazione dello stato di necessità. Cfr. E. FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Quest. Giust.*, 1982, 335.

Il primo è quello del c.d. «trriage in emergenza pandemica»<sup>44</sup>. I casi di due o più malati di Covid-19 arrivano contestualmente o quasi al triage del pronto soccorso dedicato all'emergenza<sup>45</sup>. È rimasto, tuttavia, un solo supporto ventilatorio disponibile, del quale tutti i nuovi pazienti avrebbero immediata necessità. Gli operatori sanitari sono dunque chiamati a stabilire come impiegare l'unica risorsa a disposizione, negando inevitabilmente la terapia necessaria ai pazienti non scelti.

Il secondo scenario è simile – uno o più malati hanno bisogno di essere collegati con urgenza al respiratore –, ma non ve n'è nemmeno uno disponibile. In questo caso, assistere uno o più dei nuovi malati significa “staccare” dal dispositivo pazienti già collegati, magari anziani o con poche chances di sopravvivenza.

Dall'esterno, l'impressione è che tali situazioni, laddove siano effettivamente emerse, siano state sin qui gestite secondo una logica di “*Recthsfreier Raum*”, una sorta di silenzioso “spazio libero dal diritto” nel quale l'attività e le scelte sono state regolate dal “buon senso” dei singoli operatori sanitari.

Tradizionalmente, simili frangenti sono stati affrontati all'interno del capitolo sui “conflitti di dovere” e lo stato di necessità ex art. 54 c.p.<sup>46</sup>; non a caso, l'esimente che più di ogni altra si avvicina all'idea di contesti liberi dall'intervento giuridico.

In entrambi i casi, infatti, sul sanitario vengono drammaticamente a gravare più doveri, tassativi ma incompatibili: nel primo scenario, curare tutti i malati che hanno bisogno dello stesso ventilatore per sopravvivere; nel secondo caso, *salvare* i nuovi pazienti e *non uccidere* i pazienti già ricoverati e tenuti in vita dal supporto ventilatorio.

Con riguardo al caso del «trriage in emergenza pandemica», va segnalato un recente e autorevole parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha elaborato alcune indicazioni di massima circa il criterio da utilizzare in questa tragica scelta<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Per utilizzare la terminologia adottata dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un recentissimo documento sull'argomento. Cfr. CNB, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trriage in emergenza pandemica”*, in [www.bioetica.governo.it](http://www.bioetica.governo.it), 9 aprile 2020. La redazione del parere è stata coordinata dai Proff.: Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino.

<sup>45</sup> Lo scenario non è condizionato dall'arrivo fisico presso il *trriage*, posto che, per evitare contagi, si è diffusa la prassi di monitorare prima telefonicamente la situazione di nuovi pazienti con i sintomi dell'infezione. Nel documento del CNB appena citato, la peculiarità del *trriage* in condizioni di pandemia è stata riassunta come segue: «Rispetto al triage usuale, nel triage in emergenza pandemica si considerano diversamente i pazienti: in questo insieme sono inclusi, oltre a quelli che sono “fisicamente presenti”, coloro che sono stati valutati e osservati da un punto di vista clinico, delle cui condizioni critiche si è già consapevoli. Infatti, in una situazione di emergenza come quella pandemica che ha investito il nostro territorio, ad aver bisogno di trattamenti sanitari salvavita non sono solo i pazienti fisicamente presenti nei locali del pronto soccorso ma anche quelli ricoverati e non ancora sottoposti al sostegno vitale della ventilazione assistita – dai supporti meno invasivi al trasferimento in terapia intensiva – così come i pazienti, già valutati clinicamente a domicilio, che si sono aggravati improvvisamente. Rispetto al triage in tempi normali, il triage in emergenza pandemica inserisce la valutazione individuale del paziente nella prospettiva più ampia della “comunità dei pazienti”».

<sup>46</sup> Riferimento obbligato in argomento è il lavoro monografico di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

<sup>47</sup> Cfr. CNB, *op. cit.* I corsivi contenuti nelle successive citazioni testuali sono di chi scrive.

Inizialmente, viene premesso che: «il Comitato ritiene che nell'allocazione delle risorse si debbano rispettare i principi di giustizia, equità e solidarietà, per offrire a tutte le persone eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito. E ritiene che sia doveroso mettere in atto *tutte le strategie possibili*, anche di carattere economico organizzativo, per far sì che sia garantita l'universalità delle cure».

Viene poi proposto che a orientare la scelta del sanitario «in una situazione, come quella attuale, di grave carenza di risorse» sia il criterio clinico, in quanto «il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime: ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile».

Il CNB chiarisce che «con *appropriatezza clinica* si intende la valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione».

Un'altra nozione ampiamente valorizzata dal Comitato nel parere è quella di «*attualità*», anch'essa una bussola fondamentale per calibrare la condotta da adottare e che, per certi versi, può anche riecheggiare uno dei principali elementi dello stato di necessità: l'attualità, appunto, del pericolo.

Si tratta di argomentazioni assolutamente condivisibili. Proiettandole su un piano penalistico, sembrerebbe potersi ritenere irrilevante la condotta del sanitario che si attenga ai criteri dell'appropriatezza clinica e della stretta attualità nella tragica scelta del paziente al quale garantire l'accesso in terapia intensiva<sup>48</sup>. Del resto, non è difficile cogliere l'*inesigibilità*, tanto oggettiva quanto soggettiva, di condotte alternative. Al contempo, il criterio della priorità di arrivo al pronto soccorso pare del tutto inadatto rispetto alle descritte modalità di funzionamento del «triage in emergenza pandemica», fondate anche su un costante monitoraggio «casalingo» dei pazienti.

Il secondo scenario possibile pare ancora più drammatico, proprio perché, come segnalato, uno dei doveri confliggenti potrebbe consistere nel dovere di «*non uccidere*» i malati già tenuti in vita dal ventilatore.

Con riguardo a questi frangenti, nella teorica del conflitto di doveri si è solitamente accordata prevalenza al divieto di uccidere, nella sua dimensione di «*Abwehrrecht*», rispetto al dovere «sociale» di soccorso. La vita, in altre parole, sarebbe un bene che non può mai essere sottoposto ad un bilanciamento, nemmeno nell'ambito della «scriminante» più «amorale» o «immorale» dell'ordinamento, lo stato di necessità<sup>49</sup>.

Ciò è certamente condivisibile. Tuttavia, non deve tramutarsi nella aprioristica rinuncia a prestare le cure a determinate categorie più fragili<sup>50</sup>, come anziani o malati

<sup>48</sup> Potrebbe rimanere aperta la problematica di un possibile «eccesso colposo» qualora vengano valutati in modo non corretto i menzionati criteri. In argomento, rimane discutibile se possano trovare applicazione le eventuali restrizioni del grado della colpa affrontate nei paragrafi che precedono.

<sup>49</sup> Per una ricognizione su questa ed altre posizioni, nonché per i riferimenti bibliografici sul dibattito, sia consentito rinviare a G.M. CALETTI, *ult. op. cit.*, 56 e 57.

<sup>50</sup> In generale, sui rischi di abbandono terapeutico si vedano anche le importanti osservazioni del citato documento del CNB.

affetti da comorbilità, preservando le risorse per il successivo prevedibile arrivo di pazienti “migliori” dal punto di vista dell’appropriatezza clinica.

Pragmaticamente, dunque, conviene ammettere – se non la liceità, almeno – la non punibilità di talune condotte, da valutare però secondo gli stringenti requisiti dello stato di necessità e, in particolare, dell’attualità del pericolo. In particolare, sembra doversi richiedere da un lato, l’immediato pericolo di vita del paziente che subentra nella fruizione del sostegno respiratorio, e dall’altro, la pressoché certa impossibilità di sopravvivenza del soggetto che viene “staccato” dal respiratore, di modo che la scelta non sia tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. G.M. CALETTI, *ult. op. cit.*, 53 ss.

# COVID-19: LE CONDOTTE VIETATE DALLA LEGGE E LE SANZIONI IRROGABILI

**Diamante Ceci**

**Sommario:** **1.** Le norme adottate dal Governo ed il loro contenuto. - **2.** La rilevanza penale delle condotte di coloro che non osservano le prescrizioni imposte con i Decreti emanati dal Governo per fronteggiare l'emergenza Covid-19: le fattispecie di reato e le sanzioni irrogabili. - **3.** Il Covid-19: i detenuti e le nuove misure adottate con il d.l. 18/2020. - **4.** Riflessioni conclusive.

## ABSTRACT

*Il presente articolo ha lo scopo di illustrare gli illeciti penali disciplinati dalle norme per il contenimento del contagio da coronavirus, per soffermarsi sulla rilevanza penale delle condotte di coloro che non si attengono ai precetti imposti e sui reati che potrebbero configurarsi. Qualche cenno anche sulle norme emanate per i detenuti.*

*This article aims to illustrate the criminal offences introduced by the rules for containment of coronavirus, and then focusing on the criminal relevance of the conduct of those who do not abide by the precepts imposed and the crimes that could be configured. Some mention also on the rules issued for detainees.*

## 1. Le norme adottate dal Governo ed il loro contenuto.

Senza alcun preavviso ci siamo ritrovati catapultati in una situazione emergenziale che ha imposto una legiferazione di emergenza che non ha precedenti nella storia della Repubblica Italiana.

Gli strumenti attraverso i quali il Governo ha legiferato sono: a) i d.l. n. 6/2020 e n. 14/2020, che individuano le misure di contenimento e di gestione della situazione emergenziale attraverso l'indicazione delle limitazioni a cui devono sottostare tutti i cittadini sull'intero territorio italiano; b) i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, attraverso i quali è stata data attuazione alle misure di contenimento indicate nell'art. 1 del d.l. 6/2020 e, ai sensi dell'art. 2 del decreto stesso, sono state introdotte nuove misure contenitive a seconda dell'evolversi e dell'aggravarsi della situazione epidemiologica.

Le misure di contenimento, indicate all'art. 1 del d.l. 6/2020, imposte dal Governo, incidono in maniera rilevante sui diritti costituzionalmente garantiti di ogni singolo cittadino quali la libertà di circolazione, di soggiorno e di espatrio (art. 16), di riunione (art. 17), di esercizio dei culti religiosi (art. 19), di insegnamento (art. 33), di garanzia e obbligo di istruzione (art. 34), di impresa (art. 41).

Le misure di contenimento, esplicitamente indicate nel decreto legge, introdotte e imposte con i vari d.p.c.m., nello specifico sono:

1. a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area;
2. b) divieto di accesso al comune o all'area interessata;
3. c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico;
4. d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza;
5. e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi;
6. f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79;
7. g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale;
8. h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva;
9. i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione Mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda Sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva;



10. j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità;
11. k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati;
12. l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente;
13. m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestre, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3;
14. n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare;
15. o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3.

Al d.p.c.m. però è rimessa non solo l'attuazione dei precetti contenuti ed elencati nel decreto legge ma, come anticipato, ai sensi dell'art. 2 dello stesso decreto n. 6/2020, è demandata anche la possibilità di attuare misure diverse e, non indicate nei decreti legge, necessarie per contenere la diffusione del virus, in ragione dell'evolversi della situazione epidemiologica.

In merito a queste ultime fattispecie di restrizioni indeterminate si deve brevemente sottolineare che sono sorti non pochi dubbi circa la tenuta costituzionale.

Infatti, anche se lo stato di eccezione nel nostro sistema costituzionale giustifica delle deroghe, non consente che ciò avvenga indiscriminatamente, perché la tenuta dello Stato di diritto, anche di fronte all'emergenza, richiede limiti e controlli al potere del Governo di incidere restrittivamente su diritti e libertà fondamentali<sup>1</sup>.

Infatti, sarebbe quanto meno lecito dubitare della compatibilità dell'art. 2 d.l. 6/2020 con la riserva di legge che la Costituzione prevede quale condizione e garanzia per limitare l'esercizio di libertà fondamentali, come quelle di cui all'art. 16.

Se le limitazioni ai diritti dei singoli cittadini sono individuate dai d.p.c.m. che non si limitano a dare semplice attuazione al Decreto Legge, la riserva di legge è sostanzialmente elusa.

Dall'altro lato si può comunque ritenere che, poiché nella fonte primaria, anche se in modo generico e con un alto tasso di indeterminatezza, queste misure di contenimento sono previste e, poiché siamo in una situazione di emergenza sanitaria, tali

<sup>1</sup> V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 10 marzo 2020; Poteri normativi del governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020.

limitazioni sono state adottate a tempo determinato, fino “a cessate esigenze”, non si può parlare di elusione alla riserva di legge.

A queste misure di contenimento se ne sono aggiunte e se ne aggiungeranno altre ed è proprio su queste che sorgono i maggior dubbi di costituzionalità.

Infatti, ai sensi dell'art. 3 comma 2 del d.l. 6/2020, possono essere adottate, anche se nelle more di attuazione dei decreti legge in questione, ordinanze da parte del Ministero della Salute, dei Presidenti di Regione e dei Sindaci, potere confermato anche dall'art. 5 comma 4 del d.p.c.m. dell'8 marzo 2020 che fa “salvo il potere di ordinanza delle Regioni”, così come all'art. 3 comma 3 del d.l. 6/2020 si legge “fatti salvi gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti emessa dal ministero della salute”.

Con le ordinanze emesse dai Presidenti delle Regioni e, per quanto di competenza, dai Sindaci dei Comuni interessati, con le quali si impongono prescrizioni limitative della libertà di circolazione, quali ad esempio l'obbligo della permanenza domiciliare con isolamento fiduciario per 14 giorni per tutti quei soggetti che dalle zone rosse hanno fatto rientro al Sud, oppure quelle che hanno imposto il divieto di viaggi e spostamenti, una limitazione al trasporto, e potrebbero trovare la loro legittimazione nella fonte primaria che le sorregge.

I problemi sulla tenuta costituzionale di queste specifiche ordinanze però sorgono e non possono trovare legittimazione nel decreto che le sorregge allorché prevedono limitazioni o restrizioni maggiori e più stringenti rispetto a quelle indicate dal Governo.

## **2. La rilevanza penale delle condotte di coloro che non osservano le prescrizioni imposte con i Decreti emanati dal Governo per fronteggiare l'emergenza Covid-19 e con le ordinanze dei Presidenti di Regione, Sindaci e Ministero della Sanità: le fattispecie di reato e le sanzioni irrogabili.**

All'art. 3, comma 4, del d.l. 6/2020, convertito senza modifiche con la l. 13/2020, e con le aggiunte inserite con il d.l. 14/2020 è sancito che “salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'art. 650 del codice penale.”

“Il mancato rispetto delle misure di contenimento” configura, pertanto, una autonomia condotta penalmente rilevante, i cosiddetti “illeciti penali ad hoc”<sup>2</sup> e, qualora un cittadino non si attenesse alle limitazioni imposte con questi specifici strumenti legislativi, incorrerà nella sanzione prevista dall'art. 650 c.p.

Il richiamo effettuato nel decreto legge all'art. 650 c.p. è solo ai fini sanzionatori, stabilendo *per relationem* la forbice edittale della pena da irrogare – arresto fino a tre mesi e ammenda fino a 206 Euro – e non ai fini contenutistici, trattandosi di una condotta definita e stabilita sia nelle forme tipiche sia in quelle atipiche, dai Decreti legge e dai d.p.c.m. attuativi.

---

<sup>2</sup> A. NATALINI, *In fuga dal Virus: cosa rischia chi viola la “zona rossa”*, in *Guida al Diritto, Il Sole 24 Ore*, 2020, 14/21.

Il richiamo all'art. 650 c.p. inoltre assegna natura contravvenzionale all'illecito penale che sarà quindi punibile anche a titolo di colpa, nonostante la volontarietà insita nel mancato rispetto delle misure di contenimento e, poiché tali illeciti si sostanziano nella inosservanza delle misure restrittive e limitative, essi potranno essere sia a condotta commissiva che omissiva, a seconda della misura di contenimento violata.

Si deve inoltre evidenziare che, vista la molteplicità e varietà delle misure di contenimento, il mancato rispetto di ciascuna di esse non potrà configurare un illecito penale che si potrà rilevare solo per il mancato rispetto di quelle che hanno carattere personale e cioè:

- l'elusione del divieto di allontanamento dal Comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel Comune o nell'area, in assenza di comprovati motivi di lavoro, salute o situazioni di necessità;
- l'elusione della misura di quarantena con sorveglianza attiva applicata dall'autorità sanitaria a carico di quanti hanno avuto contatti stretti con persone affette dal Covid-19;
- la violazione dell'obbligo di autodenuncia alla ASL competente previsto per legge a carico di chi abbia fatto ingresso da zone a rischio epidemiologico per la adozione della misura della permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva;
- la violazione dell'obbligo di chiusura delle attività commerciali.

Altro aspetto da analizzare è il mancato rispetto delle misure di contenimento imposte con le ordinanze dei Presidenti delle Regioni, Sindaci o Ministero della Sanità.

In questi casi specifici non potrà trovare applicazione l'art. 3, comma 4, del d.l. 6/2020, poiché questa prevede la sanzione solo per il mancato rispetto delle misure di contenimento stabilite con i decreti e con i d.p.c.m.

Nel caso di violazione dei divieti o di inosservanza delle prescrizioni introdotte con le singole ordinanze si configurerà, anche in questo caso, un illecito penale rientrante nella più generale fattispecie di inosservanza di un provvedimento dell'autorità (650 c.p.).

Ed è in relazione a tale aspetto che la legittimità costituzionale delle ordinanze di cui si discute assurge a questione di rilevante importanza.

Infatti, l'art. 650 c.p. è una norma penale in bianco a carattere sussidiario, applicabile solo quando il fatto non sia previsto come reato da una specifica disposizione ovvero allorché il provvedimento dell'autorità rimasto inosservato sia munito di un proprio e specifico meccanismo di tutela, trovando quindi applicazione solo quando l'inosservanza del provvedimento dell'autorità non sia sanzionata da alcuna norma, penale o processuale o amministrativa<sup>3</sup>.

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p. è necessario che:

1. a) l'inosservanza riguardi un ordine specifico impartito ad un soggetto determinato, in occasione di eventi o circostanze tali da far ritenere necessario che proprio quel soggetto ponga in essere una certa condotta; e ciò per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, o di igiene o di giustizia, come avvenuto nel caso delle ordinanze aventi natura contingente ed emesse per ragioni di sanità pubblica;

<sup>3</sup> Cass., Sez. I, 19.4.2016, n. 44126, Rv. 268288, con nota di AZZARONE; Cass., Sez. I, 29.11.1999, n. 2653, Rv. 215373, con nota di PARLÀ; Cass., Sez. I, 7.12.1999, n. 1711, Rv. 215341, con nota di DI MAGGIO.

2. b) l'inosservanza attenga ad un provvedimento adottato in relazione a situazioni non prefigurate da alcuna previsione normativa che comporti una specifica ed autonoma sanzione;
3. c) il provvedimento emesso per ragioni di giustizia, di sicurezza, di ordine pubblico, di igiene, sia adottato nell'interesse della collettività e non di privati individui<sup>4</sup>.

Ciò posto, atteso il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 650 c.p., il reato non è configurabile quando l'inosservanza riguardi ordinanze applicative di leggi e regolamenti comunali assoggettati ad uno specifico meccanismo di tutela amministrativa, che si pone in rapporto di specialità rispetto a quella assicurata dall'art. 650 c.p.

Il perimetro di applicazione dell'art. 650 c.p., dunque, si riduce sostanzialmente a quello delle ordinanze contingibili ed urgenti emanate dal Sindaco, dai Presidenti di Regione e dal Ministero della Salute, quali ufficiali di Governo, in materia di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini.

La giurisprudenza, a tal proposito, ha avuto modo di affermare che: "l'inosservanza di ordinanze sindacali integra la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. soltanto ove l'inottemperanza si riferisca a provvedimenti contingibili ed urgenti, adottati con riguardo a situazioni non prefigurate da alcuna specifica ipotesi normativa, nel mentre resta estranea alla sfera di applicazione della norma in parola l'inottemperanza a ordinanze sindacali volte a dare applicazione a leggi o regolamenti vigenti, posto che l'omissione, in tal caso, viene punita con la sanzione amministrativa da specifiche norme del settore"<sup>5</sup>.

Quindi, in definitiva, la fattispecie di reato configurabile per tutti coloro che violano le disposizioni dei Sindaci, dei Presidenti di Regione o del Ministero della Sanità, poiché si tratta di ordinanze dotate del carattere della contingenza e dell'urgenza, sono state emesse per ragioni di sanità e sono rivolte alla collettività e non al singolo utente, è l'art. 650 c.p. avendo i soggetti violato provvedimenti legalmente dati dall'Autorità.

In entrambi i casi - mancato rispetto delle misure di contenimento ex art. 3, comma 4, d.l. 6/2020 e inosservanza di un provvedimento emesso dall'Autorità ex art. 650 c.p. - la violazione ha ad oggetto un illecito penale e di conseguenza la sanzione da irrogare non può essere decisa, né determinata, né applicata direttamente dalle forze dell'ordine.

I pubblici ufficiali che hanno notizia di un qualunque reato, infatti, la trasmettono alla Procura della Repubblica che iscrive un procedimento a carico del presunto responsabile; la sanzione sarà poi determinata da un giudice al termine di un processo, insieme alla eventuale condanna.

Per tutte le condotte punite ai sensi dell'art. 650 c.p., è probabile che i tribunali ricorrano al decreto penale di condanna: una sanzione pecuniaria irrogata dal giudice per le indagini preliminari su proposta del pubblico ministero che, se non opposta, diventa esecutiva.

Trattandosi poi di reati contravvenzionali puniti con pena alternativa (detentiva o pecuniaria) e per cui è prevista la possibilità di accedere all'oblazione (di natura facol-

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 12.1.2016, n. 26527, con nota di SANTARELLI, non massimata.

<sup>5</sup> Cass., Sez. I, 12.1.2016, n. 26527.

tativa), l'imputato potrà opporsi al decreto penale chiedendo l'oblazione che, qualora concessa, consentirà di estinguere il reato con il pagamento di una somma uguale alla metà del massimo della pena, ovvero 103 euro.

Diverso discorso invece per le violazioni delle disposizioni relative alle attività, commerciali e non.

In questo specifico caso, ai sensi dell'art. 15 del d.l. 14/2020, che ha integrato il comma 4 dell'art. 3 d.l. 6/2020<sup>6</sup>, si è in presenza di una sanzione amministrativa.

Il mancato rispetto degli orari e delle distanze, così come il mancato rispetto del divieto di assembramento, da parte degli esercenti attività commerciali, può implicare la sanzione amministrativa della chiusura dell'attività stessa per un periodo da 5 a 30 giorni.

Questa sanzione potrà essere applicata dal Prefetto in base ad una procedura amministrativa accelerata prevista nei casi di urgenza, che potrà essere emessa anche senza contraddittorio.

Il provvedimento potrà poi essere impugnato avanti al Tribunale ordinario.

In questo caso non si è di fronte ad una sanzione penale ma ad una sanzione amministrativa che potrà però concorrere con il nuovo illecito penale previsto dall'art. 3, comma 4, d.l. 6/2020 e, in quest'ultimo caso, la cognizione spetterà al Giudice penale anche per la sanzione amministrativa.

Vi sono poi altri possibili reati nei quali i cittadini potrebbero incorrere nell'eludere i divieti e le prescrizioni imposte con i provvedimenti emanati dal Governo e dalle autorità preposte alla regolamentazione della situazione di emergenza sanitaria.

Come ben noto, non si incorrerà nell'elusione del divieto di allontanamento dal Comune o dall'area interessata, da parte di tutti gli individui comunque presenti nel Comune o nell'area, in tutti quei casi in cui vi siano comprovati motivi di lavoro, salute o situazioni di necessità che giustifichino lo spostamento.

A seguito di una direttiva del Ministero dell'Interno adottata l'8 marzo 2020 - Direttiva Ministro dell'Interno n. 15350/117 Uff III-Prot. Civ - per l'attuazione dei controlli nelle aree a contenimento rafforzato, estesa successivamente a tutto il territorio nazionale, è stato previsto che gli spostamenti sono leciti se giustificati attraverso l'autodichiarazione in caso di controllo.

Ora l'autocertificazione, benché atto privato, se rilasciata ad un pubblico ufficiale, ha valore di atto pubblico.

Sulla natura di atto pubblico dell'autocertificazione la giurisprudenza ha più volte affermato che al soggetto autore di una falsa dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà siano effettivamente applicabili le sanzioni previste dall'art. 483 c.p.<sup>7</sup>.

Il presupposto per l'applicazione della norma de qua è che la dichiarazione sostitutiva sia destinata a provare la verità dei fatti oggetto di rappresentazione al pubblico ufficiale, vale a dire che esista l'obbligo del privato di attestare il vero in base a

<sup>6</sup> Art. 3, comma 4, d.l. 6/2020, conv. con l. 13/2020: "Salva l'applicazione delle sanzioni penali ove il fatto costituisca reato, la violazione degli obblighi imposte dalle misure di cui al comma 1 a carico di gestori di pubblici esercizi o di attività commerciali è sanzionata altresì con la chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni. La violazione è accertata ai sensi della Legge 24 novembre 1981, n. 689, e la sanzione è irrogata dal Prefetto".

<sup>7</sup> Cass. Sez. V, 10.5.2006, n. 20570, con nota di ESPOSITO; Cass., Sez. V, 25.5.2006, n. 21209, con nota di BARTOLAZZI; Cass., Sez. V, n. 48681 del 06/06/2014, con nota di SOLA.

disposizioni di legge che ricolleghino «specifici effetti all'atto-documento nel quale la dichiarazione è inserita dal pubblico ufficiale ricevente»<sup>8</sup>.

Quindi secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di dichiarazioni mendaci<sup>9</sup>, nel caso in cui la falsa attestazione del dichiarante abbia ad oggetto “fatti” dei quali l'atto è destinato a provare la verità, il reato che si configura è quello di «falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico» previsto appunto dall'art. 483 c.p., che punisce con la reclusione fino a due anni «chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità».

Nel caso in cui, invece, la falsa attestazione riguardi le “qualità personali” del dichiarante, si ritiene solitamente che ricorra il più grave reato di «falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri» previsto dall'art. 495 c.p.

La norma citata punisce con la reclusione da uno a sei anni “chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona”.

Alla luce del citato orientamento giurisprudenziale, è possibile ritenere che gli autori delle accertate dichiarazioni mendaci sui motivi addotti per superare il divieto di spostamento sul territorio, potranno essere puniti con la pena prevista dall'art. 483 c.p.

Si deve però evidenziare che, nella nozione di qualità personali, cui fa riferimento il primo comma dell'art. 495 c.p., secondo un recentissimo orientamento giurisprudenziale<sup>10</sup>, la Suprema Corte ha affermato che vi rientrano sia le qualità primarie, concernenti l'identità e lo stato civile delle persone, sia le altre qualità che pure contribuiscono ad identificare le persone, quali, ad esempio, la professione, l'ufficio pubblico ricoperto e simili.

Se si dovesse aderire a questo ultimo orientamento giurisprudenziale, la conseguenza sarebbe che in tutti quei casi in cui il soggetto violi il divieto di spostamento, assumendo falsamente di essere costretto a muoversi sul territorio per esigenze lavorative connesse ad una professione che di fatto non esercitata, potrebbe essere punito con la pena prevista per il più grave reato di cui all'art. 495 c.p., peraltro, richiamato dallo stesso modulo per l'autocertificazione predisposto dal Ministero dell'Interno.

In questo caso il soggetto oltre a rispondere del reato di falsa dichiarazione dovrà, a titolo di concorso, rispondere anche del reato contravvenzionale di mancata osservanza della misura contenitiva.

Un altro profilo da affrontare, sicuramente quello più spinoso, è quello della astratta configurabilità di fattispecie a tutela della salute pubblica e, nello specifico, della

---

<sup>8</sup> Cass., Sez. V, 2.4.2014, n. 18279, con nota di SCALICI; Cass., Sez. V, 4.6.2015, n. 39215; Cass., Sez. II, 12 gennaio 2012, n. 4970; sul punto si sono espresse più volte le Sezioni Unite della Suprema Corte, da ultimo Cass., S.U., 28.6.2007, n. 35488: “Presupposto del delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.) è l'esistenza di una specifica norma giuridica che attribuisca all'atto la funzione di provare i fatti attestati al pubblico ufficiale, così collegando l'efficacia probatoria dell'atto medesimo al dovere del dichiarante di dichiarare il vero: v. Cass., S.U., 31.3.1999, n. 6, con nota di LUCAROTTI e Cass., S.U., 9.3.2000, n. 28, con nota di GABRIELLI.

<sup>9</sup> Cfr. tra le altre Cass., Sez. V, 11.1.2019, n. 4054.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 5.3.2019, n. 19695.

fattispecie di epidemia, come noto configurabile sia nella forma dolosa (art. 438 c.p.) che colposa (art. 452 c.p.).

L'analisi della fattispecie dell'art. 438 c.p., alla luce del principio di stretta legalità, non mira ad una astratta tutela della salute, ma poiché la norma fa espressa menzione della "epidemia", richiede innanzi tutto la diffusione di una malattia.

L'evento tipico della fattispecie prevista dall'art. 438 c.p. consiste nella espansione di una malattia su larga scala<sup>11</sup>, attraverso una condotta tipica consistente nella diffusione di germi patogeni.

Tale diffusione deve raggiungere un livello tale "da aggredire in uno stesso contesto di tempo un numero rilevante di persone con carattere di straordinarietà"<sup>12</sup>.

La fattispecie di epidemia risulta dunque integrata mediante richiamo della nozione di malattia, la cui definizione è demandata, come dottrina e giurisprudenza ritengono pacificamente, alla letteratura medico-legale.

L'epidemia si caratterizza poi per l'elemento della estesa diffusività.

Sul fronte giurisprudenziale, la concezione della malattia in senso funzionalistico è stata confermata dalle Sezioni Unite, che nella nota sentenza del 18 dicembre 2008, n. 2437 hanno definito la malattia appunto come «processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo».

Di conseguenza «le mere alterazioni anatomiche che non interferiscano in alcun modo con il profilo funzionale della persona non possono integrare la nozione di "malattia"»<sup>13</sup>.

Nel concludere per la configurabilità o meno della fattispecie di epidemia e del danno al bene giuridico protetto dall'art. 438 c.p., la salute pubblica<sup>14</sup>, sarà necessario verificare se il soggetto abbia intenzionalmente voluto diffondere il virus e se la diffusione sia stata idonea a causare una epidemia.

Infatti, anche se il delitto di epidemia fa parte dei delitti di comune pericolo, esso viene considerato dalla dottrina quale reato di danno concreto per la salute pubblica<sup>15</sup> che si sostanzia nell'avvenuto contagio di un numero indeterminato di persone; venendo in rilievo la dimensione di reato di pericolo solo rispetto all'ulteriore capacità espansiva e diffusiva dell'epidemia medesima<sup>16</sup>.

Quindi, il pericolo che deve essere considerato come concreto, va valutato nella sola prospettiva di un evento ulteriore rispetto al danno, che a sua volta, rappresenta la fonte di possibili danni ulteriori, solo a carico di chi non sia ancora colpito dalla malattia.

Ma deve essere chiaro che il fatto epidemico, dunque il danno diffuso, rappresenta la base necessaria per l'accertamento della fattispecie<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, Giuffrè, 30; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Utet, 399.

<sup>12</sup> Cfr., FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, 516. V. Ed. Zanichelli.

<sup>13</sup> Cass., Sez. V, 19.3.2008; Cass., Sez. IV, 28.20.2004, n. 3448; Cass., Sez. V, 15.10.1998, n. 714.

<sup>14</sup> Trib. Trento, 16.7.2004.

<sup>15</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, 396. V ed., Utet.

<sup>16</sup> RIONDATO, *Commentario breve al codice penale*, a cura di STELLA CRESPI ZUCCALÀ, Cedam, 972.

<sup>17</sup> Cfr., N. STOLFI, *Brevi note sulle reati di epidemia*, in *Cass. pen.*, 2003, 12.

Anche la giurisprudenza stabilisce che l'epidemia si caratterizza per un evento di danno, che deriva dalla condotta tipica e produce il detto, ulteriore evento di pericolo. Il reato si perfeziona nel caso in cui «la diffusione di germi patogeni abbia provocato lo sviluppo, in un certo numero di persone, di una malattia infettiva (danno), la quale presenti la capacità di propagarsi (pericolo) verso una cerchia indeterminata di persone, senza un'ulteriore attività dell'agente»<sup>18</sup>.

A tal proposito va chiarita la possibilità di poter configurare la fattispecie di epidemia, prevista dall'art. 438 c.p., anche dal punto di vista del tentativo.

Nel caso di mancato accertamento delle reali condizioni di salute del soggetto e di conseguenza dello status di contagiato o di portatore del virus, si deve escludere il configurarsi dell'evento di danno consistente nell'avvenuto contagio con efficacia di ulteriore propagazione.

Ma si deve escludere, in questo caso specifico, altresì la stessa idoneità e univocità della condotta e dunque la conseguente potenzialità lesiva della stessa in termini il pericolo concreto.

Dal punto di vista soggettivo andrebbe poi accertato il dolo della fattispecie.

È evidente quindi che questo illecito penale potrebbe essere contestato, qualora ricorrano tutti gli elementi richiesti dalla fattispecie, solo nei confronti di quei soggetti per i quali è stata diagnosticata la malattia e che siano capaci di infettare un gran numero di persone.

In conclusione potrebbero incorrere nel reato di epidemia dolosa solo quei soggetti che, sapendo di essere affetti dal virus e sottoposti alla misura sanitaria della "quarantena", eludano tale obbligo lasciando il proprio domicilio e tutti coloro che, avendo avuto contatti con soggetti affetti da virus siano anch'essi sottoposti alla misura della "quarantena" con sorveglianza attiva e all'insorgere della sintomatologia della malattia, anziché contattare il proprio medico curante, si rechino senza alcun presidio medico di protezione al pronto soccorso.

Solo in questi due specifici casi e nel caso in cui si verifichi l'evento di danno del contagio, non sia accertato l'elemento soggettivo del dolo e ricorrano gli elementi costitutivi della colpa, potrebbe configurarsi la fattispecie colposa ex art. 452 c.p.

Infine, nel caso specifico del soggetto che avendo avuto contatti con soggetti affetti da virus sia stato sottoposto alla misura della "quarantena" con sorveglianza attiva e che, all'insorgere della sintomatologia della malattia, violando la prescrizione, si sia recato al pronto soccorso, per la contestazione delle ipotesi delittuose in commento, dovrà sempre prima accertarsi la presenza della malattia, la volontarietà della condotta e il verificarsi dell'evento di danno del contagio perché nel caso non si verificano tali condizioni questi risponderà solo del reato contravvenzionale di cui all'art. 3, comma 4, d.l. 6/2020 ed all'art. 650 c.p.

---

<sup>18</sup> Trib. Trento, 12.7.2002.



### 3. Il Covid-19: i detenuti e le nuove misure adottate con il d.l. 18/2020.

Nonostante il fervido proliferare di provvedimenti normativi da parte del Governo<sup>19</sup> si è dovuto attendere sino al 17 marzo 2020 affinché fossero adottate norme “volte ad alleggerire quella concentrazione e, al contempo, ad attenuare il cronico problema di sovraffollamento degli istituti”<sup>20</sup>.

Infatti, aveva destato particolare preoccupazione il fatto che la condizione dei detenuti facesse capolino<sup>21</sup>, nella moltitudine dei provvedimenti normativi, soltanto col d.p.c.m. del 25 febbraio e solo per raccomandare che i nuovi ingressi in istituto non fossero occasione di contagio<sup>22</sup>.

Dall'analisi delle norme che hanno riguardato la popolazione degli istituti di pena si può arrivare alla conclusione che, fino all'emanazione degli artt. 123 e 124 del d.l. 18/2020, le misure adottate per il contenimento del contagio da Covid-19 negli istituti penitenziari siano state dettate da una ratio basata sul massimo rigore, comportando una maggiore limitazione dei diritti dei detenuti.

Infatti, con il d.l. 9/2020 del 2 marzo il Governo era intervenuto sulla situazione dei detenuti disponendo nell'art. 10, comma 14, la sospensione dei colloqui tra i detenuti e i propri familiari imponendone lo svolgimento “a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria”, ovvero “sostituendo” tale diritto con la possibilità di ottenere l'aumento del numero delle telefonate consentite.

Sospensione del diritto ai colloqui estesa, con il d.l. n. 11/2020, art. 2, comma 8, a tutti gli istituti di pena – prima ancora che l'intero paese divenisse “zona rossa” – ignorando, tra l'altro, la facoltà di deroga che era stata inserita con il d.p.c.m. 8 marzo 2020 che conteneva la previsione secondo cui “in casi eccezionali può essere autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri”

Ma ulteriori restrizioni per i detenuti sono state disposte dal Governo con il d.l. n. 11/2020.

Con l'art. 2, comma 8 sono state emanate le raccomandazioni di “limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri”.

Al comma 9 dello stesso art. 2 è stata inserita la disposizione che prevede che la magistratura di sorveglianza possa sospendere la concessione dei permessi premio e della semilibertà “tenuto conto delle evidenze rappresentate dall'autorità sanitaria”.

In questo quadro generale, nonostante le precarie condizioni nelle carceri ove un numero elevatissimo di persone, di molto superiore ai limiti della capienza degli istituti – in 189 istituti penitenziari che hanno una capienza di 50.931 detenuti, ve ne sono

---

<sup>19</sup> Nella sezione delle aree tematiche della Gazzetta Ufficiale denominata “Coronavirus” figurano, dal 31 gennaio 2020, ben 12 tra decreti legge, leggi e d.p.c.m. riguardanti le misure urgenti fin qui adottate.

<sup>20</sup> Relazione illustrativa all'art. 123, d.l. 18/2020.

<sup>21</sup> G.M. PAVARIN, *Giudice, Coronavirus e Carcere*, in *Giustizia Insieme*, 12 marzo 2020.

<sup>22</sup> Lett. m) dell'art. 1).

stipati ben 61.230<sup>23</sup> – vive in condizioni di promiscuità e in condizioni sanitarie precarie, nessun provvedimento mirato a diminuire la popolazione detenuta, al fine di scongiurare un possibile contagio tra i detenuti, era stato assunto sino ad ora, nonostante gli strumenti in possesso degli operatori del diritto per far fronte, in maniera adeguata e celere, a questa emergenza, applicando le norme ordinarie in via d'urgenza.

Era ed è fuor di dubbio che un contagio all'interno degli istituti di pena si trasformerebbe in una incontrollabile pandemia dalla quale i detenuti, insieme ai loro bambini, non avrebbero mezzo alcuno per difendersi, perché l'ambiente carcere non può essere considerato al riparo dal rischio di epidemia solo perché si sono sospese le uscite di chi gode dei benefici della semilibertà, i colloqui con i familiari e i permessi premio.

Per questa ragione con il d.l. 18/2020 il Governo ha cercato di mettere in atto degli interventi legislativi mirati a diminuire la popolazione dei detenuti, attraverso la concessione della detenzione domiciliare, avendo compreso che l'unico modo per evitare il diffondersi di una vera e propria pandemia è ridurre sensibilmente la popolazione all'interno delle carceri.

Ed è proprio questa la ratio sottesa agli art. 123 e 124 del d.l. 18/2020 che hanno introdotto, il primo, la possibilità di richiedere la detenzione domiciliare fino al 30 giugno 2020, per tutti i detenuti che devono scontare una pena o un residuo di pena fino a 18 mesi e il secondo, la concessione a tutti i detenuti che sono in regime di semilibertà, ai sensi dell'art. 48 l.354/75, di licenze premio di 45 giorni per consentire loro di non far rientro all'interno degli istituti penitenziari.

Per la concessione della detenzione domiciliare il Governo ha riadattato, all'attuale situazione emergenziale, lo strumento di deflazione per il sovraffollamento degli istituti penitenziari utilizzato nel 2010.

Il legislatore ha ritenuto possibile recuperare il modello operativo già sperimentato con la legge 26 novembre 2010, n. 199, che prevedeva la possibilità di eseguire le pene detentive di durata non superiore ai dodici mesi in luoghi esterni al carcere.

Molteplici sono le differenze tra quanto previsto nell'art. 123 d.l. 18/2020 e quanto prevedeva la l. 199/2010.

Secondo quanto disposto dall'art. 123 del d.l. 18/2020 infatti, la detenzione potrà essere concessa a tutti i detenuti in espiazione, con pena residua pari a mesi 18 (nel 2010 la pena doveva essere non superiore a 12 mesi, poi portata a 18 mesi dal d.l. 211/2011), su loro richiesta o su richiesta della direzione degli istituti penitenziari, e sarà concessa, inaudita altera parte, direttamente dal Magistrato di Sorveglianza, mentre per tutti i soggetti non detenuti, sarà richiesta direttamente dalla Procura competente.

Di questo beneficio non potranno usufruire i detenuti condannati per uno dei reati rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 4-bis l. 354/75 e coloro che sono stati condannati per i reati di cui agli art. 572 e/o 612-bis c.p. e coloro che hanno partecipato ai disordini e alle sommosse avvenuti nei giorni scorsi all'interno degli istituti di pena.

---

<sup>23</sup> Dati assunti dal sito del Ministero della Giustizia, Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica "Detenuti presenti e capienza regolamentare degli istituti penitenziari. Situazione al 29 febbraio 2020.

Sono stati eliminati invece, quali elementi preclusivi alla concessione del beneficio la sussistenza o meno di elementi idonei ad escludere il pericolo di fuga o di reiterazione del reato.

La maggiore novità contenuta nell'art. 123 è che la concessione della detenzione domiciliare sarà però subordinata alla disponibilità del braccialetto elettronico.

All'art. 123 si affianca l'art. 124 che prevede la concessione a tutti i detenuti che già godono del beneficio della semilibertà, di permessi premio, nella loro massima estensione pari a 45 giorni, così da consentire agli stessi di rientrare presso i loro domicili evitando in tal modo di fare rientro all'interno delle strutture penitenziarie.

Tutte le misure saranno concesse fino alla data del 30 giugno 2020.

#### 4. Riflessioni conclusive.

La gravità e l'emergenza della situazione che stiamo vivendo e che ci troviamo ad affrontare è palpabile e si respira ogni giorno nell'aria e quello che manca è il senso del dovere e il rispetto per gli altri.

I presidi del diritto penale messi a salvaguardia delle misure di contenimento imposte, prescritte o raccomandate con i provvedimenti normativi emanati, sono deboli e non hanno alcuna forza dissuasiva per il neo contravventore, come, purtroppo, dimostrato dai dati forniti dal Viminale.

Secondo tali dati alla data del 16 marzo sono state controllate dalle forze dell'ordine 172.720 persone e ne sono state denunciate 7.890 ai sensi dell'art. 650 del c.p. e 229 ai sensi degli artt. 495 e 496 del codice penale, mentre gli esercizi commerciali controllati sono stati 97.551, e sono stati denunciati 217 titolari di esercizi commerciali per la violazione di cui all'art. 650 c.p. e 22 per la violazione dell'art. 15 d.l. 14/2020.

È evidente quindi che, tranne nelle ipotesi in cui si possa contestare un reato più grave quale l'epidemia dolosa o colposa (non di facile accertamento come abbiamo visto nella disamina delle varie ipotesi delittuose) non sarà certo lo "spauracchio" di una contravvenzione obblabile a dissuadere chi non vuole rispettare le misure di contenimento.

In una situazione emergenziale quale quella che stiamo affrontando, avendo il legislatore previsto delle autonome e nuove forme di illecito penale, forse, per ottenerne un maggiore rispetto, avrebbe dovuto prevedere una sanzione più rigida e non utilizzare invece come riferimento sanzionatorio quello ordinario previsto per reati contravvenzionali.

Forse avrebbe avuto una maggiore forza deterrente una sanzione amministrativa che prevedesse una elevata e sostanziosa sanzione pecuniaria.

Per quanto attiene alle misure adottate per i detenuti queste sono state "l'ennesima" dimostrazione della poca importanza che viene data alla funzione rieducativa della pena e, purtroppo, quei pochi provvedimenti adottati si inseriscono nel solco dei provvedimenti emanati sino a ieri da questo Governo in materia di giustizia.

È noto a chiunque che all'interno delle carceri non ci sono spazi a sufficienza neanche per rispettare il metro di distanza tra le persone, così come previsto dalle misure di contenimento imposte con i decreti legge e i decreti del Presidente del Consiglio, che non è possibile avere contatti con il mondo esterno perché tutte le attività sono sospese, compreso l'accesso degli educatori e dei volontari.

È oltremodo evidente che se non si adottano misure ancora più incisive al fine di ridurre la popolazione detenuta all'interno delle carceri, si continueranno a calpestare i diritti degli ultimi anche durante una grave e ingravescente situazione di emergenza sanitaria.

È fuor di dubbio, infatti, che l'unico modo per contenere il contagio all'interno degli istituti di pena ed evitare una vera e propria pandemia tra i detenuti è ridurre, il più possibile, il sovraffollamento, in modo che migliorino le condizioni igienico sanitarie, aumentino i metri quadri di spazio vitale disponibile per ciascun detenuto, che attualmente è inferiore ai tre metri quadri, quando invece per una civile abitazione (escluso i servizi e il mobilio) deve essere almeno pari a sei metri quadri.

Solo diminuendo sensibilmente il numero dei detenuti all'interno delle carceri si potrà sperare di consentire, ai detenuti che devono restare negli istituti di mantenere quella distanza di un metro dal proprio compagno di cella e di poter metter in atto tutte le misure idonee a contenere un contagio.

Il nuovo decreto, con gli artt. 123 e 124, cautamente e timidamente, ha aperto un piccolo varco per ridurre la popolazione carceraria al fine di risolvere il problema del sovraffollamento, ma le misure adottate sono deboli e insufficienti per consentire una vera riduzione delle persone all'interno degli istituti di pena, perché di difficile attuazione e limitate ad un numero esiguo di detenuti.

Infatti, l'aver condizionato la concessione della detenzione domiciliare all'effettiva disponibilità del braccialetto elettronico avrà, come conseguenza, non essendo disponibili gli strumenti elettronici e non avendo previsto un loro incremento, che il numero dei detenuti che lasceranno gli istituti di pena sarà esiguo e il problema non avrà, neanche questa volta, trovato soluzione.

Così come aver inserito la preclusione della concessione della detenzione domiciliare a tutti i condannati, indistintamente, per tutti i reati ricompresi nell'art. 4-bis l. 354/75 o il non aver previsto la possibilità di concedere la misura alternativa d'ufficio, anziché su istanza di parte, ed averla ancorata al potere discrezionale del singolo magistrato di sorveglianza, ha reso lo misura deflattiva prevista "tamquam non esset".

Quello che è certo è che, nonostante il d.l. 18/2020, si dovrà intervenire in modo più incisivo nel "mondo carcere" proprio per contemperare le esigenze di salvaguardia della sicurezza pubblica con la sicurezza della salute dei detenuti e, pertanto, concedere loro le misure alternative al carcere e utilizzare la misura della custodia cautelare intramuraria solo come estrema *ratio*, privilegiando la misura degli arresti domiciliari, al fine di bilanciare tutti gli interessi in gioco che sono di pari importanza.

Ecco perché sarebbe stato necessario non condizionare la concessione della detenzione domiciliare alla disponibilità dei braccialetti elettronici e adottare altre e ulteriori misure oltre a quelle previste dagli artt. 123 e 124 d.l. 18/2020, per riportare la presenza di detenuti all'interno delle carceri ad un numero accettabile; ad esempio attraverso la concessione delle misure alternative quale l'affidamento in prova, concedibili anche in via d'urgenza ex art. 47, comma 4 ord. pen., il differimento pena per tutti i soggetti affetti da gravi patologie, la concessione a tutti i condannati e non solo a quelli ammessi al beneficio della semilibertà ex art. 48 ord. pen., ma anche a coloro che sono ammessi al lavoro all'esterno ex art. 21 ord. pen., della facoltà di non rientrare negli istituti di pena, ma di far rientro nelle proprie abitazioni con le forme della detenzione domiciliare, prevedere una liberazione anticipata speciale, e in ultima istanza anche poter considerare la possibilità di un indulto.

È ora di abbandonare il populismo giudiziario e di agire, perché è arrivato il momento di ridare dignità a chi sta espiando una pena, perché la pena ha un unico senso possibile, che è quello della rieducazione

La pena è anche “riabilitazione e speranza nel riscatto attraverso la costante ricerca, anche faticosa, di percorsi di reinserimento”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> G.M. PAVARIN, *op. cit.*



# SE IL PROCESSO PENALE DIVENTA STRUMENTO DI PERSECUZIONE POLITICA, L'ESTRADIZIONE DEV'ESSERE NEGATA\*

Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2019, n. 50419, FIDELBO Presidente – CALVANESE Relatore

Iacopo Benevieri

**Sommario:** **1.** L'istituto dell'estradizione: alcune considerazioni introduttive. – **2.** L'art. 705 comma 2 c.p.p.: la natura degli atti persecutori e discriminatori. – **3.** L'art. 705 comma 2 c.p.p.: la tipologia delle fonti conoscitive che possono giustificare la pronuncia contraria all'estradizione. – **4.** La vicenda sottoposta all'esame della Corte di Cassazione e il principio di diritto espresso. – **5.** Osservazioni conclusive.

## ABSTRACT

*La Corte di Cassazione, a seguito di ricorso avverso il provvedimento della Corte d'appello favorevole all'estradizione allo Stato della Georgia di una persona attinta da procedimento penale e da condanna irrevocabile, ha annullato la sentenza, evidenziando come la Corte di merito non avesse valutato le allegazioni difensive circa il rischio che l'estradizione fosse strumentale ad atti di persecuzione politica. Le brevi osservazioni che seguono si soffermano sulle principali pronunce delle Corti internazionali e della Corte di Cassazione in tema di estradizione, per evidenziare come la sfida che si pone agli ordinamenti è quella di saper perseguire finalità di giustizia senza derogare alla tutela dei diritti fondamentali della persona.*

*The Supreme Court, invited to judge about a Court of Appeal's order of extradition to the State of Georgia of a person involved in a criminal trial and condemned for common crimes, annulled the sentence, highlighting how the Court didn't examine the defendant's allegations about the risk that the extradition was instrumental to political persecution's acts. The short notes that follow focus on the international Courts' and Supreme Court's main decisions, with the aim to highlight that the challenge to the legal systems is how to pursue justice without derogating from human fundamental rights' protection.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. L'istituto dell'extradizione: alcune considerazioni introduttive.

«La persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai veri delitti, sarebbe un mezzo efficacissimo per prevenirli»<sup>1</sup>.

Nelle parole di Beccaria possiamo ancora oggi trovare l'originaria *ratio* sottesa alla disciplina dell'extradizione, costituita dalla necessità di realizzare un'ampia cooperazione tra gli Stati per la repressione dei reati<sup>2</sup>.

L'extradizione, infatti, è quell'istituto di cooperazione internazionale nel settore penale attraverso il quale uno Stato chiede (extradizione attiva) a un altro Stato (extradizione passiva) la consegna di una persona presente sul territorio del primo affinché questa sia sottoposta a procedimento penale (extradizione processuale) o alla esecuzione di una sentenza di condanna (extradizione esecutiva)<sup>3</sup>.

Nel nostro ordinamento l'istituto trova disciplina in fonti diverse, anche per rango<sup>4</sup>. Si fa riferimento, innanzitutto, ai trattati ratificati dall'Italia<sup>5</sup> e alle norme della Costituzione (art. 10, comma 4 e art. 26, comma 2), le quali dispongono il divieto di estradizione dello straniero e del cittadino per reati politici. In particolare, il divieto di estradizione dello straniero per reati politici è strettamente coerente con il riconoscimento allo straniero del diritto di asilo contro discriminazioni e persecuzioni politiche in atto nel suo Paese di origine (art. 10 comma 3, Cost.), diritto che verrebbe indubbiamente vanificato qualora mediante lo strumento dell'extradizione lo Stato *persecutore* potesse comunque ottenere la consegna della persona fuggita in cerca di asilo<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di CALAMANDREI, Le Monnier, 1945, 294 ss.

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. VI, 18.1.1978, n. 152; negli stessi termini, Cass. pen., Sez. VI, 17.8.1989, n. 837; riferimenti giurisprudenziali anche in SILVESTRI, *Estradizione, mandato di arresto europeo e altre forme di cooperazione in materia penale*, Lisbona, 15-17.11.2012 in [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Silvestri\\_Lisbona20121116.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Silvestri_Lisbona20121116.pdf).

<sup>3</sup> L'istituto è comunemente ricompreso nell'ambito del cd. diritto penale internazionale, cioè di quel complesso di norme di diritto pubblico interno con cui lo Stato «*risolve i problemi che ad esso si pongono per il fatto di coesistere con altri Stati sovrani nella comunità internazionale*», distinto dal diritto internazionale penale, da intendersi come quel «*complesso di norme di diritto internazionale che sanciscono la responsabilità penale per i fatti che turbano l'ordine pubblico internazionale*» (SELVAGGI-DE DONATO, in LATTANZI-LUPO, *Codice Penale - Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina*, Vol. 1, Libro I, Giuffrè, 2010, 533).

<sup>4</sup> Per un approfondimento dell'istituto in esame: ALOISI-FINI, voce *Estradizione*, in *NDI*, 1960, 1007-1028; CHIAVARIANO, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Utet, 2013; D'ORAZIO, voce *Estradizione. I) Diritto costituzionale*, in *EGT*, 1989, 1-5; ESPOSITO, voce *Estradizione. II) Diritto processuale penale*, ivi, 1-21; MARCHETTI, voce *Estradizione*, in *DDP pen.*, Utet, 1990, 390-419; MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nei procedimenti di estradizione passiva*, Giuffrè, 1993; QUADRI, voce *Estradizione (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1967, 1-59; RANALDI, *Il procedimento di estradizione passiva*, Utet, 2013.

<sup>5</sup> Si ricordi, nell'ambito del diritto comunitario, la Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 e ratificata in Italia con la l. 30 gennaio 1963, n. 300; la Convenzione europea di assistenza giudiziaria firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e ratificata con la l. 23 febbraio 1961 n. 215; la l. 22 aprile 2005, n. 69 sul MAE.

<sup>6</sup> Appare opportuno rilevare come le richiamate disposizioni costituzionali regolino solo l'extradizione passiva, circostanza che ha indotto taluni a evidenziare come l'aspetto «attivo» dell'extradizione sia privo di disciplina costituzionale (CATELANI, in CATELANI-STRIANI, *L'extradizione*, Giuffrè, 1983, 108 ss.). Esposito, op. cit., 4, giustifica questa scelta con il fatto che lo Stato richie-



Si tratta di disposizioni costituzionali che riflettono quella riflessione giuridica condotta fin dalla prima metà del XIX secolo, allorché la tradizione liberale iniziò a occuparsi della tutela da accordare a chi avrebbe potuto subire atti persecutori unicamente in ragione della manifestazione delle proprie idee politiche<sup>7</sup>.

La richiamata distinzione tra fonti pattizie e fonti costituzionali introduce l'altrettanto nota distinzione tra estradizione convenzionale ed extraconvenzionale. La prima si ha quando la cooperazione tra Stati è disciplinata da un trattato ratificato dagli stessi, la seconda quando, in assenza di un accordo, lo Stato richiede la consegna della persona per cortesia internazionale ovvero richiamandosi a una specifica prassi già in atto nelle relazioni con lo Stato richiesto<sup>8</sup>. D'altronde la circostanza che la stessa consuetudine internazionale possa costituire fonte regolativa dei rapporti nell'ambito dell'extradizione è riconosciuta negli stessi artt. 13 comma 1 c.p. e 696, comma 1, c.p.p., laddove si fa riferimento rispettivamente agli «*usi internazionali*» ed alle «*norme di diritto internazionale generale*», prevalenti rispetto al diritto interno.

È proprio nell'ambito extraconvenzionale che assumono rilievo le disposizioni del codice di procedura penale che disciplinano l'extradizione passiva, nella quale cioè l'Italia assume il ruolo di Stato richiesto (artt. 697-719 c.p.p.).

In particolare, ai sensi dell'art. 696 c.p.p. viene affermata la prevalenza delle norme contenute nel Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di quelle previste nelle convenzioni internazionali e di quelle di diritto internazionale generale sulle disposizioni interne, precisando che se le prime «*mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme del presente libro*» (Libro XI, artt. 696-746-*quater* c.p.p.).

Tuttavia è sempre apparso chiaro come gli Stati che si trovano a cooperare per attuare l'extradizione possano presentare ordinamenti con differenze anche considerevoli, con la conseguenza che la concessione dell'extradizione in favore di uno Stato potrebbe determinare la violazione di diritti fondamentali sia di rango costituzionale che sovranazionale.

Per tali ragioni il principio di prevalenza delle norme pattizie e del diritto internazionale sul diritto interno processuale trova una mitigazione importante, per quanto attiene all'istituto dell'extradizione, nella previsione degli artt. 698 e 705, comma 2, c.p.p., quest'ultimo preso in esame in modo specifico nella sentenza che si annota.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle singole disposizioni, è opportuno evidenziare come, sotto il profilo sistematico, una prima, fondamentale garanzia sia quella contenuta nell'art. 697 c.p.p. che individua nell'extradizione l'unico strumento attraverso il quale attuare la consegna di una persona a un altro Stato per fini di giustizia<sup>9</sup>. Con

---

dente «*deve necessariamente piegarsi alle regole poste in materia dallo Stato richiesto, in applicazione del principio locus regit actum*».

<sup>7</sup> La prima fu la Costituzione francese del 1830, il cui art. 7 stabiliva che «*i Francesi hanno il diritto di pubblicare e di fare stampare le loro opinioni conformandosi alle leggi. - La censura non potrà mai essere ristabilita*».

<sup>8</sup> Cfr., tra gli altri, ESPOSITO, *op. cit.*, 1; RANALDI, voce *Estradizione*, in *DDP pen.*, agg., Utet, 2005, 472.

<sup>9</sup> In ambito europeo, com'è noto, la Decisione quadro n. 2002/584/GAI e la relativa legge attuativa 22 aprile 2005, n. 69 hanno introdotto il mandato di arresto europeo che trova applicazione nei rapporti tra Stati membri dell'Unione e che costituisce una legittima modalità di consegna,

tale previsione, in sostanza, sono state vietate le c.d. *estradizioni mascherate*, ossia le espulsioni o altri simili provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale verso lo Stato richiedente, in quanto le stesse, benché conseguano gli stessi effetti dell'estradizione, non forniscono alcuna tutela al soggetto<sup>10</sup>.

La prima disposizione, l'art. 698 c.p.p., sotto la rubrica «*Reati politici. Tutela dei diritti fondamentali della persona*», prevede come non possa essere concessa l'estradizione per un reato politico né quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, ovvero a pene o a trattamenti crudeli, disumani e degradanti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona.

La seconda disposizione, contenuta nell'art. 705 c.p.p. sotto la rubrica «*Condizioni per la decisione*», prevede che quando non esiste convenzione o questa non dispone diversamente, la Corte di appello possa pronunciare sentenza favorevole all'estradizione qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza ovvero sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna e se, per lo stesso fatto, nei confronti della persona della quale è domandata l'estradizione, non sia in corso procedimento penale né sia stata pronunciata sentenza irrevocabile dello Stato.

Il comma 2, in particolare, obbliga la Corte d'appello a pronunciare «*comunque*» sentenza contraria all'estradizione in tre ipotesi: a) se, per il reato per il quale l'estradizione è stata domandata, la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali; b) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l'estradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato; c) se vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero alla pena di morte o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona; c-*bis*) se ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta<sup>11</sup>.

Con particolare riferimento alla ipotesi contemplata dalla lettera C) di detta disposizione, in quanto direttamente rilevante nella vicenda oggetto della sentenza in esame, la norma prende dunque in considerazione il rischio che lo Stato richiedente, tramite un abuso dello strumento processuale, intenda in realtà conseguire finalità ultronee, di tipo latamente politico, costituite dalla sottoposizione della persona ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, ovvero alla pena di morte o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona.

---

anche se profondamente diversa dall'estradizione.

<sup>10</sup> MARCHETTI, *Sub art. 697*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, vol. VI, Utet, 1991, 695. SALVINI, *Osservazioni sull'estradizione mascherata*, in *RIDPP*, 1980, 445. Sul punto, cfr. C. eur. dir. uomo, 18.12.1986, *Bozano c. Francia*.

<sup>11</sup> Secondo RANALDI, *op. cit.*, 480, con l'inserimento di tale clausola il legislatore ha considerato il fenomeno patologico del processo «*a conduzione fuorviata*» per ragioni politiche o ideologiche.

La ratio evidente della norma è quella di assicurare che la pretesa punitiva dello Stato richiedente si traduca in forme rispettose del «*due process of law*», vale a dire di quel modello di processo penale definito come «giusto» dall'ordinamento internazionale.

È stato correttamente rilevato<sup>12</sup> come la concessione dell'estradizione in tali casi farebbe risorgere la vecchia tendenza a considerare l'estradizione come una operazione internazionale della quale l'individuo è semplice oggetto, ignorandosi il portato della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in virtù della quale l'estradando è titolare della pretesa al rispetto del fondamentale diritto alla libertà e alla sicurezza, pretesa che può essere azionata sul piano interno e internazionale<sup>13</sup>.

Alcune precisazioni occorrono: una relativa alla natura degli atti persecutori o discriminatori che vengono in rilievo nella previsione dell'art. 705 c.p.p., l'altra afferente alla tipologia delle fonti conoscitive che possono giustificare la pronuncia contraria all'estradizione.

## 2. L'art. 705 comma 2 c.p.p.: la natura degli atti persecutori e discriminatori.

Relativamente alla prima questione, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la condizione ostativa all'estradizione si realizzi soltanto qualora gli atti persecutori o discriminatori siano direttamente o indirettamente riferibili allo Stato richiedente, cioè a una scelta normativa o di fatto di detto Stato.

Risultano pertanto irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 705, comma 2, c.p.p. quegli atti che potrebbero esser posti in essere ad opera di persone o nell'ambito di contingenze estranee agli apparati istituzionali, realizzati per finalità di ritorsione personale, rispetto ai quali l'ordinamento dello Stato richiedente preveda comunque la possibilità di attivare una tutela legale. In tali ipotesi, pertanto, a meno che non emerga nella complessiva azione dello Stato richiedente una colpevole inerzia nel proteggere il soggetto da eventuali ritorsioni private ovvero, addirittura, una qualche cooperazione nell'agevolare qualsiasi forma di vendetta, non si potrà invocare la tutela accordata dagli artt. 698 e 705, comma 2, lett. c), c.p.p.<sup>14</sup>.

Nell'area della irrilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p. ricadono altresì tutte quelle situazioni nelle quali fatti di persecuzione o di discriminazione risultino espressione di episodi eccezionali e del tutto occasionali e non già sistemici e strutturali all'ordinamento dello Stato richiedente<sup>15</sup>.

Ai fini di un'adeguata valutazione circa la sussistenza del rischio di persecuzione e discriminazione, la Corte d'appello potrà spingersi sino a valutare autonomamente

---

<sup>12</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, 4.

<sup>13</sup> AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 1967.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., pen. Sez. VI, 9.1.2020, n. 6815, ove si afferma che il divieto di pronuncia favorevole «*opera esclusivamente nelle ipotesi in cui la allarmante situazione sia riferibile ad una scelta normativa o di fatto dello Stato richiedente, a prescindere da contingenze estranee ad orientamenti istituzionali e rispetto ai quali sia possibile comunque una tutela legale*»; conformi Cass. pen., Sez. VI, 12.6.2019, n. 29910; Cass. pen., Sez. VI, 8.2.2016, n. 4977.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. VI Pen., 5.2.2008, in *MFI*, 239672.

le scelte normative dello Stato richiedente, vale a dire la idoneità dello *jus conditum* previsto dall'ordinamento estero a scongiurare l'inverarsi di una delle situazioni considerate dall'art. 705, comma 2, c.p.p., valutazione questa eventualmente da compiersi anche alla luce dei più recenti accadimenti inerenti lo specifico contesto politico-istituzionale dello Stato richiedente<sup>16</sup>.

Nell'ambito europeo, nel quale la decisione quadro dell'Unione Europea 2002/584/GAI ha sostituito l'istituto dell'extradizione nel relativo spazio giudiziario, è stata prevista la clausola di rifiuto connessa ai motivi discriminatori (considerando nn. 12 e 13 della decisione quadro). L'art. 18 della legge attuativa italiana (l. 22 aprile 2005, n. 69) prevede una serie di ipotesi nelle quali sia legittimo il rifiuto alla consegna, tra le quali si ricordano, ai fini che qui interessano, quelle previsti dalla lett. a)<sup>17</sup> e quelli previsti dalla lett. h)<sup>18</sup>.

Benché l'articolato della decisione quadro non preveda espressamente tali motivi ostativi, essi sono stati ricondotti al preambolo contenuto nei richiamati considerando (in particolare i nn. 12 e 13), a loro volta espressivi di principi generali dell'ordinamento europeo. Nel complesso, si può ritenere che queste cause ostativa ricadono nell'alveo dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro, il quale sancisce l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento dell'Unione europea.

### 3. L'art. 705 comma 2 c.p.p.: la tipologia delle fonti conoscitive che possono giustificare la pronuncia contraria all'extradizione.

Relativamente alla seconda questione, occorre evidenziare come, ai sensi dell'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p., la Corte d'appello debba pronunciare sentenza contraria all'extradizione nell'ipotesi in cui siano emerse ragioni idonee a far ritenere che l'estradando verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori ovvero ad atti che configurano violazioni dei diritti fondamentali della persona.

Tale accertamento, pur ufficioso, non può tuttavia essere condotto sulla base di mere congetture circa la sussistenza delle condizioni ostative, gravando comunque

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. II, 27.10.2017, n. 51657, secondo la quale «*sostanziali mutamenti legislativi*» e «*l'evoluzione in senso "umanitario" del regime*» potrebbero comunque «*fondare, in futuro, il rinnovo della domanda di estradizione ai sensi dell'art. 707 codice procedura penale*».

<sup>17</sup> «*Motivi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua origine etnica, della sua nazionalità, della sua lingua, delle sue opinioni politiche e delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi*».

<sup>18</sup> «*se sussiste un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti*». Per un approfondimento dello specifico istituto del MAE, si vedano, *ex multis*: CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, 2010; si vedano anche: SAMMARCO, *La decisione sulla richiesta di esecuzione*, in KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Giuffrè, 2005; AA. VV., *Il mandato di arresto europeo*, a cura di PANSINI-SCALFATI, Jovene, 2005; AA. VV., *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, a cura di CHIAVARIO-DE FRANCESCO-MANZIONE-MARZADURI, Utet, 2006, 475; AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*, GIARDA, a cura di SPANGHER, Ipsoa, 2010.

sulla parte interessata l'onere di indicare alla Corte di merito tutti gli elementi utili per il loro positivo accertamento.

In particolare l'interessato è tenuto ad allegare elementi documentali idonei a dimostrare il rischio concreto che a seguito della propria consegna egli sarà sottoposto ad atti discriminatori o persecutori, ovvero alla pena di morte o a pene o trattamenti contrari ad almeno uno dei diritti fondamentali della persona<sup>19</sup>.

In merito alla necessità dell'impulso di parte, è stato affermato come l'esercizio di un potere di iniziativa officioso da parte della Corte d'appello, in assenza di una specifica istanza confortata da adeguati elementi documentali, costituirebbe condotta contraria ai rapporti di cortesia istituzionale con lo Stato richiedente<sup>20</sup>.

L'onere di allegazione potrà essere adeguatamente evaso dall'interessato mediante la produzione di documenti e di rapporti elaborati da organizzazioni non governative, la cui affidabilità sia comunque generalmente riconosciuta sul piano internazionale<sup>21</sup>. Documenti idonei a fornire elementi conoscitivi sono stati ritenuti, dunque, quelli provenienti da Amnesty International, da Human Rights Watch, dal Dipartimento di Stato degli Stati Uniti d'America, dal Comitato internazionale della Croce Rossa, trattandosi di atti muniti di elevata affidabilità come ampiamente riconosciuto sia dalla Corte di legittimità<sup>22</sup>, sia dalla stessa Corte Europea<sup>23</sup>.

Parimenti affidabili sono stati ritenuti anche i rapporti provenienti dalla Commissione degli affari giuridici e dei diritti dell'uomo e dal Parlamento europeo<sup>24</sup>, le relazioni o gli altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio di Europa o delle Nazioni Unite<sup>25</sup>, nonché la medesima circostanza che lo Stato richiedente non sia aderente alla C.e.d.u.<sup>26</sup>.

L'onere di documentare in modo specifico il rischio di persecuzione risulta, inoltre, particolarmente stringente allorché il reato in relazione al quale è stata formulata richiesta di estradizione non sia direttamente pertinente con la sfera di interesse del potere politico «*ma sia riconducibile alla categoria dei reati di criminalità comune*»<sup>27</sup>, come nella vicenda sottoposta all'attenzione della Suprema Corte nella sentenza in

---

<sup>19</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 28.6.2018, n. 36847: «È onere dell'estraddando allegare elementi e circostanze che la Corte di appello deve valutare, anche attraverso la richiesta di informazioni complementari, al fine di accertare se, nel caso concreto, l'interessato sarà alla consegna sottoposto, o meno, ad un trattamento inumano o degradante, fatti salvi i casi in cui si versi in una situazione obiettiva già rilevata da decisioni di legittimità». Cfr., altresì, Cass. pen., Sez. VI, 17.11.2016, n. 53741: «Come richiesto da questa Corte ai fini dell'apprezzamento della concretezza di tale rischio, la valutazione deve fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi ed opportunamente aggiornati in merito alle condizioni di detenzione vigenti nello Stato richiedente e comprovanti la presenza di carenze sia sistemiche, o comunque generalizzate, sia limitate ad alcuni gruppi di persone o a determinati centri di detenzione (Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu)».

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. VI, 27.9.1995, n. 3281, in CP, 1996, 3690.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. VI, 8.7.2010, in MFI, 248002.

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.11.2016, n. 1731; conf., Cass. pen., Sez. VI, 8.7.2010, n. 32685.

<sup>23</sup> C. eur. dir. uomo, 22.2.2008, *Saadi c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 13.4.2010, *Trabelsi c. Italia*.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. II, 1.4.2011, n. 26588.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. VI, 28.6.2018, n. 36847; Cass. pen., Sez. VI, 1.6.2016, n. 23277.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11.2.2011, n.15578; Cass. pen., Sez. VI, 19.6.2006, n. 23555.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. VI, 4.12.2019, n. 617.

esame, laddove l'estradando era ricercato al fine del suo perseguimento penale per i reati di maltrattamenti in famiglia, trattamento illecito di dati personali, nonché per l'esecuzione di una sentenza di condanna definitiva per il reato di rapina e sequestro di persona.

Soltanto in presenza di una congrua allegazione di elementi e circostanze obiettive e specifiche la Corte d'appello dovrà valutare, anche mediante un'autonoma richiesta di informazioni integrative ai sensi dell'art. 704 comma 2 c.p.p., se la richiesta di estradizione mascheri una finalità persecutoria ovvero prelude a un trattamento incompatibile con i diritti fondamentali della persona<sup>28</sup>.

La preclusione a una pronuncia favorevole nelle ipotesi in esame è comunque esclusa qualora, pur in presenza di informazioni circa la violazione dei diritti fondamentali, «*le Autorità dello Stato richiedente offrano specifiche assicurazioni in ordine alla sottoposizione della persona richiesta in consegna ad un trattamento diverso da quello previsto nell'ordinario circuito penitenziario, tale da escludere radicalmente la possibilità di assoggettamento a maltrattamenti di qualsiasi natura*»<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. VI, 26.6.2013, n. 34567; cfr., altresì, Cass. pen., Sez. VI, 13.1.2017, n. 8529. È doveroso a tal proposito precisare come, con riferimento alla specifica disciplina sul MAE, la Corte di cassazione abbia costantemente affermato che il rischio di pregiudizio dei diritti fondamentali, contemplato dalla lett. a) dell'art. 18 della l. n. 69/2005, deve risultare da circostanze oggettive, non essendo sufficiente l'allegazione di possibili discriminazioni meramente ipotetiche (in questo senso, si veda Cass. pen., Sez. VI, 26.2.2013, n. 10054, secondo la quale «[...] la situazione di possibile pregiudizio per la posizione della persona richiesta in consegna [...] deve risultare da circostanze oggettive, non potendosi ritenere sufficiente la mera, ipotetica e del tutto indimostrata allegazione di possibili discriminazioni legate alla cittadinanza, ovvero a non meglio precisati pregiudizi nell'applicazione della legge da parte di un ordinamento che ha aderito all'Unione europea e che si richiama, pertanto, ad un quadro comune di principi di civiltà giuridica all'interno dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia»; cfr. altresì, negli stessi termini, Cass., pen. Sez. F, 13.9.2005, n. 33642). Con riferimento alla ulteriore preclusione prevista dall'art. 18, lett. h) del medesimo testo normativo, benché nessuno Stato dell'Unione europea contempli formalmente la pena di morte o trattamenti o pene inumane, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (C. giust., 5.4.2016, nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen c. Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*) ha stabilito che la condivisione tra gli Stati membri dei valori fondamentali dell'Unione implica comunque la constatazione dell'effettivo malfunzionamento del sistema penitenziario dello Stato membro emittente, con la conseguenza che quello di esecuzione, nell'ipotesi in cui disponga di elementi che attestino il «rischio concreto» di trattamento inumano o degradante nello Stato di emissione, ha l'obbligo di valutare, sulla base di fonti conoscitive qualificate, se tale rischio sussista e se, nel caso concreto, l'interessato alla consegna sarà sottoposto ad un trattamento inumano o degradante (cfr., altresì, C. giust., 15.10.2019, C-128/18, *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg c. Dumitru-Tudor Dorobantu*; C. eur. dir. uomo, 12.3.2015, *Muršić c. Croazia*, che è giunta ad affermare la sussistenza di una «forte presunzione che le condizioni detentive risultino in un trattamento degradante» nel caso in cui lo spazio personale a disposizione del detenuto in una cella collettiva sia inferiore ai 3 mq.). La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha valorizzato il dovere di accertamento della sussistenza della causa ostativa in esame, tramite «l'acquisizione, da parte dell'autorità giudiziaria remittente, di informazioni "individualizzate" sul regime di detenzione» (Cass., pen. Sez. VI, 29.1.2019, n. 4939; nello stesso senso, Cass., pen. Sez. VI, 5.6.2018 n. 26383; Cass., pen. Sez. VI, 11.10.2017, n. 47891).

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11.2.2015, n. 10965; conf. Cass. pen., Sez. VI, 13.6.2016, n. 24475. In Cass. pen., Sez. VI, 13.11.2018, n. 56086, la Suprema Corte ha comunque ritenuto sufficienti le assicura-

Nell'ambito del generale dovere di acquisizione di elementi conoscitivi idonei a valutare la sussistenza delle cause ostative, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato inoltre come la Corte di Cassazione in materia estradizionale possa essere «*anche giudice di merito (art. 706 c.p.p.)*», nella (limitata) misura in cui ha la facoltà sia di sollecitare lo Stato richiedente, per il tramite del Ministero della Giustizia, a fornire tutti gli opportuni dati informativi, sia di acquisire direttamente tali dati da documenti ufficiali reperibili «*da fonti d'informazione aperte (Internet)*», essendole tuttavia preclusa ogni ulteriore attività istruttoria<sup>30</sup>. In tale prospettiva, infatti, la «*estensione della competenza della Corte di cassazione 'al merito', ai sensi dell'art. 706 c.p.p., non può giungere sino al punto di onerarla di attività istruttoria, restando fermo il principio che deve essere effettuato solo l'esame cartolare, limitato, peraltro, alle informazioni, allo stato, acquisite*»<sup>31</sup>.

#### **4. La vicenda sottoposta all'esame della Corte di Cassazione e il principio di diritto espresso.**

Nella vicenda in esame la Corte d'appello di Roma con sentenza pronunciata in data 25 giugno 2019 aveva ritenuto sussistenti le condizioni per la concessione dell'estradizione allo Stato della Georgia di un cittadino, ricercato al fine del suo perseguimento penale per i reati di maltrattamenti in famiglia, trattamento illecito di dati personali, nonché per l'esecuzione di una sentenza di condanna definitiva per il reato di rapina e sequestro di persona.

La domanda di estradizione era relativa: a) ai maltrattamenti in famiglia asseritamente posti in essere dall'estradando sino all'ottobre del 2017 in danno della propria moglie; b) alla condotta di illecita registrazione e conservazione di un filmato riguardante la vita privata della moglie, condotta contestata in relazione al mese di dicembre 2017; c) alla sentenza con la quale l'estradando era stato condannato per i reati di concorso nel sequestro e nella rapina ai danni di altra persona (diversa dalla moglie).

Avverso la pronuncia della Corte d'appello l'interessato aveva proposto ricorso per cassazione, sia per violazione di legge, con riferimento all'art. 3 della Convenzione Europea di estradizione<sup>32</sup> e all'art. 6 C.e.d.u. in ordine ai minimi standard per il trat-

zioni fornite dallo Stato richiedente circa il rispetto degli standard previsti dalla C.e.d.u., «*rafforzate significativamente dall'autorizzazione a rappresentanti dello Stato italiano a monitorare il trattamento riservato al predetto*». In merito alla insufficienza delle sole «*garanzie diplomatiche*» in quanto provenienti dalle «*stesse autorità che quantomeno tollerano la grave violazione di diritti fondamentali in essere*» e prive di carattere vincolante, «*al di là di (improbabili) conseguenze sul piano dei rapporti internazionali*», si veda CANESTRINI, *Diritti fondamentali nell'estradizione per l'estero. Una analisi critica*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 9, con ampia rassegna delle cautele espresse in ambito internazionale circa l'affidabilità delle sole assicurazioni diplomatiche.

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. VI, 21.4.2015, n. 22149; cfr., altresì, Cass. pen., Sez. VI, 7.7.2015, n. 47723.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. VI, 17.5.2018, n. 25264.

<sup>32</sup> L'art. 3 comma 2 prevede infatti il divieto di concedere l'estradizione se «*la Parte richiesta ha motivi seri per credere che la domanda d'estradizione motivata con un reato di diritto comune è stata presentata con lo scopo di perseguire o di punire un individuo per considerazioni di razza, di religione, di nazionalità o di opinioni politiche o che la condizione di questo individuo arrischi di essere aggravata per l'uno o l'altro di questi motivi*».



tamento penitenziario, sia per vizio di motivazione in ordine alla omessa valutazione da parte della Corte di merito circa la sussistenza di ragioni ostative alla estradizione, evidenziate dal ricorrente in una memoria difensiva.

In particolare con detto atto difensivo era stato evidenziato come la richiesta di estradizione fosse pretestuosa, in quanto strumentale alla successiva realizzazione di atti persecutori per ragioni politiche connesse al ruolo della ex moglie del ricorrente («*personaggio influente*») e come pertanto sussistessero le condizioni per l'applicazione dell'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p.

L'estradando, come aveva autorevolmente asserito l'ex Presidente della Georgia, risultava infatti una delle vittime perseguitate per ragioni politiche dal Governo, avendo egli pubblicamente rivelato nel marzo 2018 gli abusi che la Procura stava perpetrando nel condurre le indagini in relazione all'omicidio di un bambino al solo fine di estromettere un avversario politico, cioè l'esponente del Movimento Nazionale Unico e candidato alle elezioni. Proprio in relazione a quel delitto di omicidio erano in corso indagini condotte dalla ex moglie dell'estradando, nella qualità di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tblisi, successivamente sospesa dall'incarico a causa degli atti di corruzione e di uso distorto dell'azione penale emersi a seguito delle dichiarazioni pubbliche rese dallo stesso estradando nel marzo 2018.

Che si fosse in presenza di una giustizia «*a orologeria*» risultava inoltre evidente dalla stessa tempistica delle formulazioni degli addebiti da parte dell'Autorità giudiziaria di Tblisi, in quanto solo successivamente alle interviste rese dal ricorrente, rilevatesi dannose per la carriera della ex moglie, la Procura aveva formulato i capi di imputazione nei suoi confronti in relazione a presunte condotte di reato commesse in date risalenti.

Con la pronuncia in esame la Suprema Corte ha accolto il ricorso, disponendo l'annullamento della sentenza con rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello per un nuovo giudizio.

I Giudici di legittimità hanno evidenziato innanzitutto come la scarsa motivazione della sentenza impugnata abbia impedito di comprendere «*il ragionamento seguito dalla Corte d'appello nell'escludere il rischio di una persecuzione politica ai danni del ricorrente*», nonostante quest'ultimo avesse fornito elementi in tal senso.

In particolare la Suprema Corte ha osservato come l'estradando, a mezzo della propria memoria difensiva, avesse allegato una «*serie di circostanze, documentate da specifiche allegazioni, evocative del pericolo di una persecuzione ai suoi danni nello Stato richiedente*», assolvendo in tal modo a quell'onere informativo richiesto dalla costante giurisprudenza di legittimità.

Il paventato rischio di persecuzione, si legge nella sentenza in commento, emergeva altresì da ulteriori dati conoscitivi, autonomamente acquisiti dal Supremo Collegio presso fonti internazionali particolarmente qualificate, attestanti le gravi carenze, quanto a imparzialità e indipendenza, che affliggono sistematicamente il sistema giudiziario dello Stato richiedente, essendo state registrate e monitorate interferenze di tipo politico nell'esercizio della giurisdizione.

Tra i documenti acquisiti ed esaminati direttamente dal Supremo Collegio figura il Rapporto sulla Georgia redatto dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del gennaio 2016, che ha sottolineato come le misure giudiziarie fossero state applicate o aggravate in detto Stato per contrastare esponenti dell'opposizione politica al Governo; la sentenza C. eur. dir. uomo, 28.11.2017, *Merabishvili c. Georgia*,



nella quale è stato stigmatizzato l'uso politico del mantenimento in stato di arresto di un ex Ministro della Georgia per indurlo a rendere, in qualità di testimone, informazioni condiscendenti in merito ad altre indagini penali; le decisioni adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nelle quali lo Stato della Georgia è stato esortato a incrementare gli sforzi per rendere indipendenti le indagini penali e assicurare l'effettività dell'autonomia dei giudici.

All'esito del richiamato percorso motivazionale, pertanto, i Giudici di legittimità hanno affermato che «*la prospettazione del rischio di un processo persecutorio debba essere in qualche modo suffragato dal ricorrente con elementi specifici ed idonei ad avvalorare la tesi difensiva*»; che «*tale onere, quando si sia in presenza di un reato non pertinente con la sfera di interesse del potere politico, deve essere particolarmente pregnante*» e, infine, che «*solo in presenza di una circostanziata allegazione di un fumus persecutionis, la corte di appello è tenuta a far ricorso alle informazioni o agli accertamenti previsti dall'art. 704 c.p.p. comma 2*».

Proprio la omessa valutazione delle circostanze allegate dal ricorrente alla memoria difensiva, nonché la mancata acquisizione da parte della Corte d'appello degli ulteriori elementi conoscitivi utili alla valutazione della sussistenza delle condizioni ostative all'estradizione hanno pertanto indotto i Supremi Giudici a rendere necessario un nuovo giudizio di merito con conseguente annullamento della sentenza.

## 5. Osservazioni conclusive.

Il respiro transnazionale della criminalità ha certamente contribuito allo sviluppo degli istituti tradizionali di cooperazione giudiziaria e, tra questi, quello dell'estradizione. Parallelamente a tale sviluppo è altresì aumentata la consapevolezza circa la necessità che il meccanismo estradizionale non prescinda dal rispetto di diritti fondamentali dell'individuo, ciò in quanto l'individuo non è estraneo al procedimento di estradizione<sup>33</sup>.

Benché permanga ancora in dottrina la questione circa la natura giurisdizionale o meno di una procedura che, sebbene giurisdizionalizzata, non ha come obiettivo quello di accertare la penale responsabilità di una persona<sup>34</sup>, è tuttavia proprio nella dimensione «processuale» dell'iter che può essere osservato il graduale aumento dello spazio riservato alla tutela dei diritti e delle garanzie della persona<sup>35</sup>.

Tale esigenza di tutela nasce proprio dalle caratteristiche intrinseche del procedimento estradizionale, per effetto del quale entrano in relazione gli ordinamenti di due Stati, che possono presentare, sia sotto il profilo ordinamentale sostanziale che sotto quello processuale, discipline non solo tra loro del tutto antitetiche ma anche e soprattutto espressione di differenti principi e ratio legislative difficilmente conciliabili. È pertanto necessario evitare che dalla cooperazione giudiziaria finalizzata

<sup>33</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, 1-5.

<sup>34</sup> Cfr. SELVAGGI-DE DONATO, in LATTANZI-LUPO, *op. cit.*, 554, con ampio richiamo alle varie opinioni espresse dalla dottrina.

<sup>35</sup> PISANI, *Temi e casi di procedura penale internazionale*, Led, 2001, 87; circa la dimensione giurisdizionale del procedimento estradizionale come spazio di tutela dei diritti della persona dell'estradando, cfr. Cass. pen., Sez. I, 8.6.1987, Drivas, in CP, 1988, 1882 con nota di DI CHIARA, *Note minime in tema di estradizione passiva: verso un nuovo indirizzo giurisprudenziale*.

alla realizzazione della pretesa punitiva allo Stato richiedente possa discendere una violazione dei diritti riconosciuti dalla Costituzione o dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>36</sup>.

In sostanza la cooperazione giudiziaria incontra limitazioni e preclusioni declinate secondo il livello di civiltà giuridica dello Stato con cui si entra in relazione, livello che viene misurato, tra l'altro, sulla base del grado di democraticità delle istituzioni, della qualità della legislazione preposta alla tutela dei diritti fondamentali, del suo livello di effettività. Questi limiti, previsti anche al livello codicistico, appaiono sempre più importanti se si considera come alcuni accordi in materia estradizionale sembrano tendere al rafforzamento dei meccanismi di cooperazione, piuttosto che a quelle disposizioni in tema di garanzie individuali<sup>37</sup>. Tale tendenza, benché giustificabile dalla necessità di contrastare forme sempre nuove di crimine transnazionale, non può certamente spingersi sino alla graduale disattivazione delle garanzie individuali. In questa prospettiva, dunque, le stesse disposizioni codicistiche possono costituire un utile presidio per tali garanzie qualora esse non risultino sufficientemente tutelate in sede convenzionale<sup>38</sup>.

Sul terreno del diritto vivente dobbiamo certamente registrare come la giurisprudenza di legittimità abbia manifestato una progressiva attenzione nella gestione del difficile equilibrio tra la necessità di dare attuazione alla cooperazione giudiziaria richiesta e la indefettibile tutela dei diritti fondamentali dell'estradando, sensibilizzazione questa spesso favorita dalla spinta interpretativa fornita dalle pronunce delle Corti internazionali. Non può tuttavia nascondersi l'auspicio che essa riservi maggior prudenza nella valutazione delle garanzie diplomatiche fornite dagli Stati richiedenti, conformemente alla cautela mostrata da organismi internazionali (la C.e.d.u., lo Human Rights Watch, il Commissioner for Human Rights, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, l'European Committee for the Prevention of Torture's, l'UNHCR, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, per citarne solo alcuni)<sup>39</sup>.

Non possiamo pertanto ritenere definitivamente cessato il rischio di insidie che la continua esigenza di maggiore celerità nella risposta repressiva al crimine transnazionale può riservare alla tutela dei diritti umani.

Questo bilanciamento tra l'esigenza di garantire giustizia e sicurezza e quella di garantire comunque la tutela dei diritti fondamentali dell'estradando è, probabilmente, la sfida che l'epoca contemporanea propone continuamente agli ordinamenti e alle giurisdizioni internazionali, nella consapevolezza che la tutela di diritti fonamen-

---

<sup>36</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, 13 ss.

<sup>37</sup> In questi termini, COLAIACOVO, *Appunti in tema di estradizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *CP*, 2012, n. 11, 3806; LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Giappichelli, 2006, 105.

<sup>38</sup> Secondo LUGATO, *op. cit.*, 123, considerando che i diritti fondamentali della persona non costituiscono un *numerus clausus* poiché, appartenendo alla categoria dei diritti umani, sono sempre suscettibili di progressivi ampliamenti, il carattere «*necessariamente espansivo*» degli stessi, rispecchiato spesso nelle formule lessicalmente ampie usate in sede di codificazione, consente di contrastare eventuali pregiudizi alle garanzie fondamentali che dovessero emergere nel corso stesso della procedura di estradizione per effetto del contatto con altri ordinamenti.

<sup>39</sup> CANESTRINI, *op. cit.*, con ampi approfondimenti sul tema.

tali della persona non può subire deroghe quand'anche il reato per cui si procede risulti particolarmente grave per l'intera comunità internazionale.

In tali termini, appare di estrema chiarezza quanto affermato recentemente dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale ha evidenziato come, pur nell'ipotesi in cui un soggetto sia sospettato di intrattenere rapporti con organizzazioni terroristiche, la Convenzione proibisca «*in absolute terms*» la tortura, nonché punizioni ovvero trattamenti inumani e degradanti, con la conseguenza che ogni volta in cui dovessero emergere motivi oggettivi idonei a far ritenere che il trasferimento di una persona in un altro Stato possa esporla a un serio rischio di trattamenti illegali, lo Stato richiesto è tenuto, in prima battuta, a fornire protezione, astenendosi dall'accordare una qualsiasi forma di cooperazione nella violazione dei diritti fondamentali<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> C. eur. dir. uomo, 20.2.2020, *M.A. e altri c. Bulgaria*, §70: «*However, even where, as in this case, a person is alleged to have connections with terrorist organisations, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment (see A.M. v. France, no. 12148/18, § 112, 29 April 2019). Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion or extradition*».

Si segnala, altresì, C. eur. dir. uomo, 24.4.2008, *Ismoilov e altri c. Russia*, §126, secondo la quale «*La Corte si rende perfettamente conto delle enormi difficoltà incontrate dagli Stati nell'età presente nel proteggere le loro società dalla violenza terroristica. Tuttavia, anche in queste circostanze, la Convenzione vieta in termini assoluti la tortura ed i trattamenti o le pene inumani o degradanti, senza badare alla condotta della vittima [...]. In queste circostanze, le attività dell'individuo in questione, per quanto sgradite o pericolose, non possono costituire un fattore decisivo*». Anche secondo LUGATO, *op. cit.*, 2, graverebbe sullo Stato, che fosse parte di un trattato sui diritti umani, l'obbligo di astenersi non solo dal porre direttamente in essere atti che integrino violazioni dei diritti tutelati dal trattato, ma anche dal fornire un contributo in qualche modo causale a detta violazione ad opera di altri Stati.



## SULL'INCOMPATIBILITÀ A PROCEDERE, AL SUCCESSIVO GIUDIZIO, DEL GIUDICE CHE RIGETTA LA RICHIESTA DI MESSA ALLA PROVA\*

TRIB. SPOLETO, Sez. Pen., ord. 7 gennaio 2020

**Ottavia Murro**

**Sommario:** **1.** La questione di costituzionalità sollevata e il quadro normativo di riferimento. - **2.** I poteri valutativi del giudice nella fase di ammissione alla prova: un breve *excursus* delle recenti sentenze. - **3.** Il precedente analogo: l'ordinanza n. 19 del 2017 e il rigetto da parte della Consulta. - **4.** Prime riflessioni.

### ABSTRACT

*Il Tribunale di Spoleto solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c.p.p. - in relazione ai precetti di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost. - nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare e/o procedere al successivo giudizio ordinario del Giudice del dibattimento che ha rigettato la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato.*

*With the ordinance under examination, the Court of Spoleto raised the question of constitutional legitimacy of art. 34 paragraph 2 of the criminal code - in relation to the precepts referred to articles 3, 24 and 111 of the Constitution - in the part in which it does not provide for the incompatibility to participate or to proceed to the subsequent ordinary judgment of the Judge of the hearing who rejected the request to suspend the proceedings with a trial of the accused, a question already raised in 2017 and declared inadmissible for purely procedural reasons.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. La questione di costituzionalità sollevata e il quadro normativo di riferimento.

Il Tribunale di Spoleto solleva l'annosa questione di incostituzionalità dell'art. 34, comma 2 c.p.p. – in relazione ai precetti di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost. – nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare, e/o procedere al successivo giudizio, del Giudice che ha rigettato la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato.

Nel caso di specie, infatti, l'imputato veniva rinviato a giudizio per il reato p. e p. dall'art. 635, co. 2 c.p. e, alla prima udienza, il difensore di fiducia richiedeva la sospensione del processo con messa alla prova. Il Tribunale, tuttavia, in considerazione degli atti a sua disposizione, delle dichiarazioni della persona offesa e dei precedenti dell'imputato, rigettava tale richiesta.

Preso atto del rigetto, il difensore chiedeva un rinvio per valutare la praticabilità di altri riti alternativi ed il Tribunale lo concedeva anche al fine di meglio approfondire il tema della eventuale sopravvenuta propria incompatibilità all'ulteriore corso del giudizio. Alla successiva udienza, la difesa, in accordo con il pubblico ministero, eccepiva l'incompatibilità del Giudice *ab origine* adito, sottolineando la possibile incostituzionalità dell'art. 34, comma 2 c.p.p. e il Tribunale sollevava la suddetta questione di legittimità costituzionale.

La questione veniva valutata dal giudice a quo rilevante e fondata, in quanto apparivano meritevoli di approfondimento i dubbi interpretativi prospettati dal difensore nell'applicazione dall'art. 34 c.p.p., in rapporto alla complessiva disciplina codicistica della messa alla prova.

Invero, nel partire da una disamina della normativa, appare opportuno soffermarsi sui poteri cognitivi e valutativi in astratto riconosciuti al giudice nella fase della decisione sull'ammissione dell'imputato alla prova.

L'art. 464-*quater*, comma 1 c.p.p. esordisce, infatti, statuendo che «il Giudice si pronuncia con ordinanza sulla richiesta di messa alla prova dell'imputato sempre che non debba pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.».

*Mutatis mutandi*, ciò equivale a dire che al giudice, investito di un'istanza di sospensione del processo con messa alla prova, è imposta – esattamente come nell'ipotesi di richiesta di applicazione pena su accordo delle parti – una preliminare deliberazione sulla non ricorrenza delle condizioni *ex lege* previste per un immediato proscioglimento dell'imputato, o, se si preferisce, un succinto positivo giudizio (almeno) sulle seguenti circostanze: che il fatto sussista, che sia stato commesso dall'imputato, che costituisca reato, che sia previsto dalla legge come reato, che abbia dato vita ad un reato ancora procedibile e non già estinto.

L'art. 464-*quater*, comma 1 c.p.p. impone pertanto al giudice di valutare, seppure sommariamente e allo stato degli atti, i presupposti della colpevolezza dell'imputato, la sussistenza di un reato in tutti i suoi elementi costitutivi, nonché l'astratta riferibilità dell'illecito all'imputato stesso.

Nel proseguire nell'analisi dei poteri discrezionali riconosciuti dalla legge al giudice ed esercitabili nella fase di ammissione della messa alla prova, preme richiamare l'art. 464-*quater*, comma 3 c.p.p., nella parte in cui richiede al Giudice di accertare,

in base ai parametri dettati dall'art. 133 c.p., l'idoneità del programma di trattamento proposto ed il pericolo di recidiva.

Il riferimento ai criteri stabiliti dall'art. 133 c.p. sottolinea la sussistenza di poteri valutativi del giudice in ordine, quantomeno, ad una preliminare prognosi di non innocenza e di sussistenza del fatto. Invero, è chiamato a tener conto: 1) della gravità del reato, con specifico riferimento alle diverse voci indicate dall'art. 133, comma 1 c.p., 2) della capacità a delinquere e quindi dei motivi a delinquere e del carattere dell'imputato, dei precedenti penali, della condotta contemporanea e susseguente al reato e delle condizioni di vita individuale e familiare. Tutti parametri che presuppongono una valutazione sul caso di specie e che, non consentirebbero, in caso di rigetto della richiesta di messa alla prova, di garantire la doverosa terzietà ed "illibatezza" del giudice del dibattimento.

Inoltre, ai sensi dell'art. 464-bis, comma 5 c.p.p., è riconosciuto al Giudice un prezioso (per quanto eccezionale) potere istruttorio (in funzione della decisione sulla messa alla prova). Gli è infatti consentito acquisire (ulteriori) informazioni sulle condizioni di vita dell'imputato, salvo poi il dovere di portare gli elementi probatori extraprocessuali in tale modo raccolti – siano essi documenti o dichiarazioni – a conoscenza delle parti del giudizio in corso.

L'analisi del dettato normativo consente, *prima facie*, di ritenere fondata la questione di illegittimità costituzionale prospettata dal Tribunale di Spoleto, in considerazione dell'ampia discrezionalità valutativa che il legislatore ha voluto attribuire all'organo giudicante.

## 2. I poteri valutativi del giudice nella fase di ammissione alla prova: un breve *excursus* delle recenti sentenze.

La giurisprudenza più volte si è interrogata sui limiti cognitivi del giudice in sede di ammissione dell'imputato al rito speciale della sospensione del procedimento con messa alla prova, delineando, in tal modo, il perimetro valutativo in relazione ai diversi criteri normativi indicati sia dagli artt. 168-bis e *quater* c.p., sia dagli artt. 464-bis e *quater* c.p.p.

In merito alla valutazione del fatto e alla verifica della ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 168 bis c.p., si è ripetutamente affermato che il giudice deve verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa ed eventualmente provvedere a modificarla, ove non la si ritenga corretta, traendone le conseguenze sul piano della ricorrenza del beneficio in parola<sup>1</sup>. Il giudice, pertanto, può procedere a tale valutazione mediante una deliberazione che si nutra dei materiali disponibili, i quali, a seconda del momento in cui viene avanzata la richiesta, saranno più o meno ampi. Può, altresì, essere sentita la persona offesa e anche tale corredo informativo può essere posto a fondamento della decisione sull'ammissibilità al rito speciale.

<sup>1</sup> Corte cost., Sent. 3.4.2019, dep. 29 maggio 2019, n. 131, in *Cass. Pen.*, 2019, fasc. 10, p. 3617, con nota di APRILE; Corte Cass. Sez. IV, ud. 8.5.2018, dep. 31 luglio 2018, n. 36752 in *CED Cass.*; Cass. Sez. IV, ud. 20 ottobre 2015, n. 4527, in *Riv. Pen.*, 2016, 4, p. 340.

In altri termini, la richiesta può trovare accoglimento solo nel caso in cui il giudice al quale viene rivolta, all'esito di un percorso valutativo, reputi idoneo il programma di trattamento presentato e ritenga che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, avendo sempre come punto di riferimento la gravità del reato, la capacità a delinquere del prevenuto, l'idoneità del programma di trattamento, la possibilità di formulare una prognosi favorevole nei confronti dell'imputato sulla circostanza che egli per il futuro si asterrà dal commettere ulteriori reati<sup>2</sup>.

Tra i vari aspetti sottoposti alla valutazione del giudice vi è anche quello attinente all'obbligo - in capo all'imputato - di risarcire «ove possibile» il danno, obbligo previsto dall'art. 168-bis, comma 2, c.p.; valutazione che comporta inevitabilmente una commisurazione tra grado di colpa, gravità del fatto e gravità del danno e la locuzione «ove possibile» presuppone un bilanciamento tra il pregiudizio patrimoniale arrecato alla vittima e lo sforzo "massimo" richiedibile all'imputato; invero il giudice è chiamato anche a valutare le condizioni economiche dell'imputato utilizzando i propri poteri officiosi<sup>3</sup>.

Appare innegabile che la giurisprudenza, sulla scorta dell'analisi del dettato normativo, abbia conferito al giudice un evidente potere valutativo che gli impone una conoscenza, seppure preliminare ma non certo superficiale, del fatto e della sua corretta qualificazione giuridica, della gravità del reato, del grado di colpa, della proporzione tra offerta risarcitoria e gravità del danno, oltre alla valutazione dei parametri di cui all'art. 129 c.p.p.

Affermare, come viene sancito in alcune pronunce, che nel caso di rigetto della richiesta di messa alla prova manchi una situazione pregiudicante della decisione interlocutoria o anche definitiva, poiché l'ordinanza di rigetto del giudice non implica una valutazione di merito dell'ipotesi di accusa<sup>4</sup>, significa comprimere i poteri valutativi dei giudici che la stessa giurisprudenza delinea in modo chiaro.

### **3. Il precedente analogo: l'ordinanza n. 19 del 2017 e il rigetto da parte della Consulta.**

È noto che analoga questione era già stata sollevata dinanzi alla Corte Costituzionale, ipotizzandosi un presunto contrasto dell'art. 34 comma 2 c.p.p. (contenente l'elenco dei tassativi casi di incompatibilità del Giudice determinata da atti compiuti nel procedimento) con i precetti di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non viene ivi prevista (anche) l'incompatibilità a partecipare e/o procedere al (successivo) giudizio (ordinario) del Giudice del dibattimento che ha rigettato la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato;

La suddetta questione è stata dichiarata inammissibile con ordinanza n. 19 del 2017 e la dichiarazione di inammissibilità si è fondata su un argomento di mera natura procedurale, ovvero, sul fatto che il giudice a quo non aveva, nell'ordinanza di rimessione degli atti, (autonomamente) motivato le ragioni per cui riteneva fondata la questione medesima.

<sup>2</sup> Cfr., Cass. pen., Sez. V, ud. 26 ottobre 2015 n. 7.983, in *Riv. Pen.*, 2016, 4, p. 341.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. II, ud. 13 giugno 2019, n. 34878, in *Guida al diritto*, 2019, 41, p. 77.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. IV, 09.7.2019, dep. 24 luglio 2019, n. 33260.



Premesso ciò e non essendosi di fatto mai pronunciata la Consulta sulla specifica questione, nulla impedisce una rivisitazione del tema estesa al merito.

#### 4. Prime riflessioni.

La questione di incostituzionalità sollevata dalla difesa dell'imputato appare rilevante e fondata, essendo certo meritevoli di una più approfondita verifica i dubbi interpretativi prospettati dal difensore nell'applicazione della norma dettata dall'art. 34 c.p.p., in rapporto alla disciplina codicistica della messa alla prova.

Del resto, che la commissione di un reato ad opera dell'imputato sia alla base della sospensione del processo per messa alla prova trova, come abbiamo visto, indiretta conferma sistematica nel disposto dell'art. 168-*quater* c.p.; dell'art. 464-*quater*, comma 3 c.p.p. e dell'art. 464-*septies* c.p.p.

Di particolare interesse è poi l'individuazione della piattaforma conoscitiva da cui l'organo giudiziario è abilitato a trarre gli elementi per una compiuta decisione sulla richiesta di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato. Infatti, il giudice può fare largo uso di quanto contenuto nel fascicolo del dibattimento ed in specie di ogni elemento in esso rappresentato come riferibile al prevenuto: dal certificato del casellario giudiziale, alla documentazione prodotta dalla difesa a sostegno della richiesta del rito in verifica, alla relazione di indagine socio-familiare eseguita dall'UEPE, comprese le dichiarazioni rilasciate dall'imputato in ordine al reato commesso ed ivi riportate. Inoltre, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale (Sentenza n. 91 del 2018), il Giudice può acquisire e visionare – così integrando la propria sfera di cognizione – gli atti di indagine preliminare contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, fermo restando l'obbligo di restituirli all'organo di accusa nell'ipotesi di successivo rigetto della richiesta. E ciò in forza di una (non vietata) applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. c.p.p.

Sulla base di queste premesse e riconducendosi ad unità le molteplici argomentazioni sinora svolte, non si vede come si possa allora insistere in un ormai anacronistico restringimento dell'area di valutazione imposta all'organo giudiziario che finisca per optare nel senso di un rigetto dell'istanza di messa alla prova. La decisione del Giudice in materia non sembra qualificarsi come puramente procedurale e/o interlocutoria.

Anzi, nell'evenienza di mancato accoglimento della richiesta di messa alla prova, la pronuncia sembra assumere il carattere proprio della definizione di una fase – quale è quella degli atti introduttivi al dibattimento – con valutazioni necessariamente di merito sulla fondatezza dell'ipotesi accusatoria.

Simile ricostruzione dogmatica peraltro ben si concilia con la natura ibrida dell'istituto sotto osservazione che si caratterizza invero per una fisionomia sostanziale unita ad un'intrinseca dimensione processuale valevole ad elevarlo a rango di rito speciale alternativo al dibattimento. Si tratta infatti di un procedimento in tutto equiparabile all'applicazione concordata della pena su richiesta delle parti per la predominante base consensuale, atteso che, in entrambi i casi, l'imputato, in cambio dell'ottenimento di benefici sanzionatori, non contesta l'accusa, ovvero, rinuncia al pieno esercizio del diritto di difesa coesenziale al rito ordinario.

Pertanto, se in caso di rigetto della richiesta di messa alla prova (ovvero in caso di esito negativo della stessa) il giudice non versa in alcuna condizione di incompatibilità, si rischia di violare il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge ex art.

3 Cost., per l'evidente disparità di trattamento che si realizzerebbe fra situazioni analoghe; inoltre sarebbe violato anche il diritto di difesa riconosciuto a tutti i cittadini in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 24, comma 2 Cost., atteso che le conseguenze negative dipendenti dalla scelta del rito speciale si tradurrebbero in ripercussioni pregiudizievoli inerenti ad una modalità di esercizio dello stesso diritto di difesa. Da ultimo, sarebbe violato l'art. 111, comma 2 Cost., infatti, il processo che dovesse proseguire con l'apertura del dibattimento davanti allo stesso magistrato che ha rigettato la richiesta di messa alla prova sarebbe inevitabilmente condizionato dalle valutazioni - negative per la posizione dell'imputato - da questi in precedenza espresse per la formazione del proprio convincimento, con grave compromissione di imparzialità e terzietà del giudice.

Ci si riserva di pubblicare e commentare la decisione della Consulta.

## UNA SENTENZA “A TUTTO CAMPO”, CHE SUSCITA MOLTI INTERROGATIVI\*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. V, sentenza 21 febbraio 2020, n. 7030, PEZZULLO Presidente  
- BORRELLI Relatore - TASSONE P.M. (diff.)

**Daniele Livreri**

**Sommario:** **1.** Quali atti può valutare la corte in sede di scrutinio di un *error in procedendo*? - **2.** Il primo comma *bis* dell'art. 267 realizza un'eterogenesi dei fini? - **3.** Omessa indicazione dell'interprete della captazione: mera irregolarità? - **4.** Un ritorno all'imperscrutabile nozione di manifesta infondatezza. - **5.** Il giudizio abbreviato sana il deficit di motivazione del decreto che dispone il ricorso a impianti esterni? - **6.** Il ricorso fondato su pronunce della corte di cassazione può essere temerario?

### ABSTRACT

*La sentenza in commento, ritenendo manifestamente infondato un ricorso basato su precedenti della medesima Corte di Cassazione, conferma l'aleatorietà del giudizio di ultima istanza.*

*The judgment in comment, declaring manifestly unfounded an appeal in cassation based on precedent case law, confirms the unpredictable judgment of the Supreme Court.*

*Il principio di autosufficienza del ricorso impone alla parte che formuli una censura di carattere processuale l'indicazione specifica della collocazione dell'atto su cui essa fonda e la verifica che esso faccia parte del fascicolo trasmesso al giudice di legittimità.*

*Il divieto di ricorso a fonti confidenziali, di cui all'art. 267 c.p.p., comma 1-bis, concerne soltanto il profilo della gravità indiziaria e non quello dell'assoluta indispensabilità della captazione.*

*L'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni, non è causa di inutilizzabilità di tali operazioni.*

*La carenza di motivazione in ordine al ricorso ad impianti esterni a quelli in dotazione alla Procura non integra una inutilizzabilità patologica, rilevabile in sede di giudizio abbreviato.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. Quali atti può valutare la corte in sede di scrutinio di un *error in procedendo*?

La pronuncia in epigrafe offre plurimi spunti di riflessione.

Nel caso di specie, i due imputati impugnavano la sentenza dei Giudici distrettuali che aveva confermato quella, resa in sede di giudizio abbreviato, con cui erano stati condannati per il reato di associazione a delinquere finalizzato a commettere furti in abitazione e, uno dei due prevenuti, anche, per diverse ipotesi di furti, tentati o consumati.

Diverse le censure, in parte sovrapponibili, interposte dai ricorrenti, che ivi si ripor-teranno per quanto di interesse.

Plurimi motivi di gravame invocavano violazioni di legge o vizi di motivazione in ordine all'utilizzabilità dei risultati delle captazioni. Al riguardo si adduceva che una delle utenze oggetto di intercettazione era stata individuata grazie ad una fonte confidenziale. Del pari gli imputati lamentavano la violazione dell'art. 271 c.p.p., poiché nei verbali di inizio delle operazioni di captazione non si dava atto dell'intervento di un interprete, e ciò benché le conversazioni si fossero svolte in lingua georgiana. Ancora, si rilevava il deficit motivazionale in ordine al ricorso ad impianti noleggiati da ditte private, anziché a quelli in uso alla Procura.

La Corte, nello scrutinio dei gravami, ha più volte rilevato la violazione del principio di autosufficienza dell'impugnazione, verificatasi perché gli atti necessari a vagliare la dedotta inutilizzabilità dei risultati delle captazioni non erano inseriti *al fascicolo trasmesso alla Corte di cassazione* dalla cancelleria del giudice *a quo*, né allegati ai ricorsi.

Orbene, l'asserto, benché non costituisca un *unicum* nel panorama giurisprudenziale<sup>1</sup>, comporta un'evidente precisazione in ordine ai poteri di accesso del Giudice di legittimità, investito dello scrutinio di un *error in procedendo*, agli incartamenti processuali.

Al riguardo è d'uopo rammentare che, secondo la lezione del massimo consesso della Corte regolatrice, allorché sia dedotto un *error in procedendo*, ex art. 606 lett. c) c.p.p., «*la Corte di legittimità "è giudice anche del fatto" e, per risolvere la relativa questione, può - talora deve necessariamente - accedere all'esame dei relativi atti processuali*»<sup>2</sup>. Tuttavia, nella pronuncia resa dal massimo consesso della Corte non si rinviene alcuna limitazione del potere di accesso ai soli atti contenuti nel fascicolo trasmesso dal Giudice *a quo*<sup>3</sup>.

Anzi, altra pronuncia delle Sezioni unite lascia presagire una soluzione esattamente opposta a quella contenuta nella sentenza in commento<sup>4</sup>. Infatti, in tale occasione i Supremi Giudici hanno affermato che l'onere di materiale produzione della risultanza,

<sup>1</sup> In termini analoghi si veda Cass., Sez. V, 19.06.2018, n. 42568, in *www.cortedicassazione.it*, Cass., Sez. II, 19.09.2013, n. 41142, in Rv. 257336, Cass., Sez. IV, 18.05.2005, n. 31391, in Rv. 231746, Cass., Sez. II, 20.03.2012, n.25315, in C.P., 2013, II, 4088.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., S.U., 31.10.2001, n.42792, in *Giur. it.*, 2003, 1001.

<sup>3</sup> Si noti peraltro che le Sezioni unite hanno affermato tale principio proprio in occasione della verifica di eccezioni di inutilizzabilità dei risultati delle captazioni.

<sup>4</sup> Ci si riferisce segnatamente a Cass., S.U., 16.07.2009, n. 39061, in C.P., 2010, 3, 887.

che si adduce a fondamento del vizio processuale, gravi sul ricorrente «*in caso di atti non rinvenibili nel fascicolo processuale*», precisando che tali sono quelli «*appartinenti ad altro procedimento o anche - qualora si proceda con le forme del dibattimento - al fascicolo del pubblico ministero*». Con ciò lasciando chiaramente intendere che il fascicolo cui il Giudice di legittimità può accedere, per scrutinare il dedotto *error in procedendo*, è quello del Giudice di merito, senza limitazione di sorta.

A conferma della correttezza di tale esegesi, val la pena ricordare che in una pronuncia delle sezioni semplici si è riconosciuto che il Giudice distrettuale aveva fatto buon governo delle regole poste dalle citate Sezioni Unite, lì dove Egli aveva affermato che la parte che deduca vizi processuali è gravata dell'onere di produrre gli atti viziati soltanto ove gli stessi non siano rinvenibili «*nel fascicolo processuale*»<sup>5</sup>. Orbene, non può fondatamente dubitarsi che il fascicolo processuale cui accede la Corte di appello è l'*intero* fascicolo del dibattimento.

In ogni caso, anche a volere ritenere che l'arresto in commento non si discosti dalle pregresse Sezioni Unite, ma ne rappresenti una mera specificazione, v'è da rilevare che esso introduce ampi margini di aleatorietà, attesa la non del tutto perspicua normativa in ordine alla composizione dell'incartamento rimesso al Giudice *ad quem*.

Invero, la normazione secondaria che continua a regolare la materia<sup>6</sup> contiene sì una puntuale elencazione degli atti *essenziali* da trasmettere al Giudice dell'impugnazione<sup>7</sup>, ma in ogni caso raccomanda pure, «*nel caso di fascicoli composti da più di due faldoni, di evitare la trasmissione degli atti sprovvisti di utilità ai fini della decisione del ricorso, al fine di contenere i costi di spedizione ed ovviare alle difficoltà di archiviazione della Corte...*»<sup>8</sup>.

Come si vede, la concreta composizione del fascicolo, sulla cui scorta dovrebbero modularsi i poteri di allegazione delle parti e di ricerca del Giudice *ad quem*, non è prevedibile *ex ante* e appare peraltro conformata a prosaiche e contingenti necessità estranee al giudizio.

E del resto l'aleatorietà di tale composizione è apprezzabile proprio attraverso il confronto tra uno dei precedenti richiamati dalla sentenza in commento e la medesi-

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. VI, 20.11.2015, n. 46070, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>6</sup> Sino all'intervento del d.lgs. n. 7 del 2018, che ha introdotto l'art. 165-*bis* d.att. c.p.p., la disciplina *de qua* si rinveniva esclusivamente nella normazione ministeriale.

<sup>7</sup> Per il giudizio di cognizione, a mente della circolare prot. DAG 90527U del 16.05.2016, consultabile nel sito ministeriale, sono oggetto di trasmissione:

<sup>1</sup> atto di impugnazione;

<sup>2</sup> sentenza recante in calce, a cura della cancelleria, le attestazioni necessarie per la verifica di tempestività del ricorso;

<sup>3</sup> sentenza di primo grado e di appello;

<sup>4</sup> sentenza annullata dalla Corte di cassazione con rinvio;

<sup>5</sup> verbali del giudizio di primo grado e di appello, essenziali per la verifica delle eventuali sospensioni della prescrizione e per la consultazione delle ordinanze dibattimentali impugnate con la sentenza;

<sup>6</sup> nota contenente le imputazioni, ove queste non siano già riportate nell'epigrafe della sentenza; atti specificamente richiamati e sui quali si fondano i motivi di ricorso, alla stregua dell'art. 606 lett. e) c.p.p.

<sup>8</sup> Cfr. circolare citata.

ma. Infatti, dalla lettura della motivazione del precedente<sup>9</sup> si coglie che taluni decreti di proroga delle intercettazioni, puntualmente censurati nel ricorso, erano contenuti nel fascicolo trasmesso alla Corte, di talché in quel caso si ritenne assolto l'onere di specificità delle doglianze proposte. Diversamente nella sentenza in epigrafe gli atti oggetto di censura non erano stati trasmessi e quindi, in mancanza di allegazione del ricorrente, i motivi di gravame sono stati ritenuti infondati.

Neppure a seguito della introduzione dell'art. 165-*bis* d. att. c.p.p., il fascicolo cui parametrare i poteri di accesso della Corte regolatrice ha trovato una puntuale disciplina. Invero, il legislatore si è limitato a elevare a norma di rango primario la previsione regolamentare, secondo cui la cancelleria del giudice *a quo* inserisce nell'incartamento destinato alla Suprema Corte, qualora non già contenuta tra gli atti trasmessi, «*copia degli atti specificamente indicati da chi ha proposto l'impugnazione ai sensi dell'articolo 606, comma 1, lettera e), del codice*».

Né può ritenersi che la preventiva incertezza sulla composizione del fascicolo rimesso alla Suprema Corte sia irrilevante, nella misura in cui la pronuncia in commento subordini l'onere di *allegazione* degli atti al ricorso, alla *previa* verifica – a cura del ricorrente – del contenuto del fascicolo trasmesso dal giudice *a quo*. Infatti è evidente che il ricorrente può accertare il concreto contenuto dell'incartamento rimesso alla Corte, soltanto *dopo* che esso sia stato trasmesso<sup>10</sup>. Di talché, gli atti censurati e non presenti nel predetto incartamento potrebbero essere depositati al Giudice *ad quem*, soltanto *successivamente* alla proposizione del ricorso e non con lo stesso, con modalità e tempistiche tutte da disciplinare.

In breve, risulta evidente che, attraverso la “precisazione” dei poteri di accesso del Giudice di legittimità, investito di una censura processuale, si impone in capo al ricorrente un onere di produzione, legislativamente non previsto<sup>11</sup>, onde evitare il rischio di incorrere nella sanzione di inammissibilità del gravame.

## 2. Il primo comma *bis* dell'art. 267 realizza un'eterogenesi dei fini?

La sentenza in commento ha poi ritenuto aspecifica anche la censura con cui si lamentava l'avvio delle captazioni su un'utenza in uso ad uno degli imputati, grazie alle informazioni rese da fonte confidenziale.

Invero per la Corte le impugnazioni non chiarivano se le doglianze in ordine al ricorso alla fonte confidenziale attenessero al contributo di questa per la sussistenza dei gravi indizi di reato o piuttosto per la indispensabilità della captazione. Infatti, la censura avrebbe avuto rilievo soltanto nel primo caso, e ciò giacché, in forza del com-

<sup>9</sup> Ci si riferisce segnatamente a Cass. Sez. IV, 18.05.2005 n. 31391, cit.

<sup>10</sup> Si rimanda al riguardo a quanto osservato da BELTRANI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 11/2018*, in *Il Penalista*, 12 novembre 2018.

<sup>11</sup> Cfr. BELTRANI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 11/2018*, cit., che ritiene «*assolutamente non condivisibile l'orientamento, pur estremamente diffuso, per il quale, in asserita applicazione del principio di autosufficienza del ricorso, in tema di intercettazioni, qualora in sede di legittimità venga eccepita l'inutilizzabilità dei relativi risultati, sarebbe onere della parte, a pena di aspecificità del motivo, non soltanto – come doveroso – indicare specificamente l'atto che si ritiene affetto dal vizio denunciato, ma anche curare la produzione di esso*».

binato disposto degli artt. 267, comma 1-*bis*, e 203 c.p.p., il divieto di utilizzazione delle fonti confidenziali attiene esclusivamente alla valutazione dei gravi indizi di reato.

Si tratta di un'affermazione contenuta anche in altre sentenze<sup>12</sup> e obiettivamente conforme alla lettera della legge.

Vi è tuttavia da chiedersi se l'interpretazione offerta dalla sentenza in epigrafe non realizzi una sorta di eterogenesi dei fini della l. 63 del 2001, che ha introdotto il comma 1-*bis* dell'art. 267.

Invero, l'intervento legislativo rappresentò una "reazione" a quelle incertezze rilevate in giurisprudenza in ordine alla possibilità di utilizzare le fonti anonime, quali fonte cognitive<sup>13</sup>.

Infatti, la novella, ribadendo la sostanziale avversità del codice del 1988 rispetto alle fonti cognitive anonime<sup>14</sup>, intervenne anzitutto sull'art. 203 c.p.p. per chiarire «una volta per tutte, che l'inutilizzabilità delle informazioni confidenziali, opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento»<sup>15</sup>.

Sempre in questa ottica, la citata l. 63/2001 ha poi inciso su altre disposizioni del codice, inserendo un richiamo all'art. 203, tanto nella disposizione di cui all'art. 267, in tema di intercettazioni, e nella correlata previsione ex art. 13 d.l. 152/91, quanto in quella di cui all'art. 273, che regola le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari, nonché nella previsione dell'art. 351 in tema di sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, attraverso un richiamo mediato dall'art. 361<sup>16</sup>.

Pertanto, con specifico riguardo alla riforma dell'art. 267, v'è da dubitare che il legislatore abbia voluto, attraverso il riferimento esplicito ai soli gravi indizi di reato, consentire un eccezionale ricorso alla fonte confidenziale per vagliare gli altri requisiti della captazione, per come sostanzialmente ritiene la giurisprudenza in commento. Piuttosto ben può ritenersi che si sia trattato di un maldestro tentativo di rimarcare l'inutilizzabilità delle fonti anonime anche con riferimento ai presupposti per consentire la captazione<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 23.10.2015, n. 42763, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>13</sup> Cfr. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni e il segreto di polizia*, in TONINI, (a cura di), *Giusto processo*, Cedam editore, 2001, 394.

<sup>14</sup> Fa riferimento ad un «atteggiamento legislativo sintomatico di una dichiarata e mal celata "diffidenza sistematica" nei confronti di tutto ciò che possa qualificarsi come anonimo» DE ROSA, *Le fonti anonime di conoscenza e il processo penale*, in AP, n., 1 2017. Al pericolo collegato ai potenziali spazi operativi dell'anonimo fa riferimento KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000, 113 ss.

<sup>15</sup> Cfr. FILIPPI, *op. cit.*

<sup>16</sup> Sulle ragioni che avevano reso necessario un nuovo coordinamento tra le due disposizioni che regolano rispettivamente l'assunzione delle informazioni innanzi alla p.g. ed al PM, dopo l'intervento della legge sulle indagini difensive, che aveva rotto, a cagione di un "infortunio legislativo", la precedente simmetria, si veda GAETA, *Le modifiche alla disciplina delle informazioni assunte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria* in TONINI, (a cura di), *Giusto processo*, Cedam editore, 2001, 432.

<sup>17</sup> Dubbi che la riforma del 2001 potesse avere effetti controproducenti si rinvencono in NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura?*, in *Dir. Pen. proc.*, 2001, 7.

### 3. Omessa indicazione dell'interprete della captazione: mera irregolarità?

La sentenza in commento ha poi ritenuto inammissibile per manifesta infondatezza anche il motivo con cui si è dedotta l'omessa indicazione delle generalità dell'interprete nei verbali di inizio delle intercettazioni.

Al riguardo deve rammentarsi che, giusta la previsione dell'art. 268, comma 1, la cui violazione è sanzionata a pena di inutilizzabilità, ex art. 271 c.p.p., delle comunicazioni intercettate è redatto apposito verbale.

Tale documento, a mente del successivo comma, contiene "anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate", nonché, ex art. 89 d.att., anche, tra le altre cose, i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni, *quorum* l'interprete.

Orbene, l'indirizzo maggioritario<sup>18</sup>, cui aderisce la sentenza in epigrafe, enfatizza la circostanza che il primo comma dell'art. 268, presidiato da sanzione di inutilizzabilità, «*si limita a prescrivere la verbalizzazione delle operazioni di registrazione*»<sup>19</sup>, così rimanendo non sanzionata la violazione delle regole che dettano il contenuto di quella verbalizzazione.

Tuttavia giova osservare che l'art. 89 disp. att. indica esplicitamente i requisiti di cui deve essere munito il verbale di cui all'art. 268 comma *primo*<sup>20</sup>. Di talché deve ritenersi che la violazione del combinato disposto degli artt. 268, comma 1 e 89 disp. att. sia sanzionata con l'inutilizzabilità dei risultati delle captazioni<sup>21</sup>.

E del resto l'esegesi offerta dall'indirizzo maggioritario finisce per rimettere all'estensore dell'atto il contenuto di un verbale di operazioni che concretamente incidono su diritti costituzionalmente inviolabili.

### 4. Un ritorno all'imperscrutabile nozione di manifesta infondatezza.

Ma al di là di ciò, la declaratoria, in assenza di ogni giustificazione al riguardo, di manifesta infondatezza di un motivo di gravame, pacificamente suffragato da giurisprudenza, per quanto minoritaria, della medesima Corte<sup>22</sup>, offre il destro per un'ulteriore considerazione.

---

<sup>18</sup> Cfr. anche Cass., Sez. V, 19.01.2018, n. 15472, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), nonché, ex aliis, Cass., Sez. VI, 10.11.2017, in Rv. 272151. Cass., Sez. VI, 23.03.2017, in Rv. 270570.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 19.01.2018, n. 15472, cit.

<sup>20</sup> Così testualmente prevede la citata disposizione: "Il verbale delle operazioni previsto dall'articolo 268 comma 1 del codice contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni".

<sup>21</sup> Cfr. Cass. Sez. III, 04.11.2015, n. 28216, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 31, 2016, p. 63, con nota di Foti.

<sup>22</sup> Cfr., oltre Cass., Sez. III, 04.11.2015, n. 28216, cit., anche Cass., Sez. III, 12.11.2013, n. 49331, in Rv. 257291. Altra decisione, segnatamente Cass., Sez. I, 27.03.2008, n. 12954, in Rv. 240273, ravvisa nella fattispecie in oggetto non già una ragione di inutilizzabilità, ma una causa di nullità.



Pare invero che il silenzio serbato dalla sentenza in commento sulle ragioni della declaratoria di manifesta infondatezza, piuttosto che di mera infondatezza, rappresenti un arretramento rispetto a quelle recenti pronunce che, in ossequio al principio di certezza del diritto, avevano tentato di offrire un decalogo al fine di individuare un chiaro *discrimen* tra cause di infondatezza e manifesta infondatezza<sup>23</sup>.

Le pronunce di cui trattasi, richiamato l'insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui la manifesta infondatezza del motivo sottende «*la proposizione di censure caratterizzate da evidenti errori di diritto ..., il più delle volte contrastate da una giurisprudenza costante*»<sup>24</sup>, avevano affermato che il gravame «*la cui definizione presupponga la risoluzione di un problema oggetto di contrasto nella giurisprudenza di legittimità non può considerarsi proposto per motivi manifestamente infondati e, come tale, non è inammissibile*»<sup>25</sup>.

Per di più, non è ozioso rilevare che in diversi precedenti dell'orientamento maggioritario, cui aderisce la sentenza in commento, si è ritenuta la (mera) infondatezza del ricorso, con conseguente rigetto dell'impugnazione<sup>26</sup>. Anzi, in un caso, la pronuncia di mera infondatezza è intervenuta, appena due anni or sono, ad opera della *medesima* sezione, su ricorso del *medesimo* difensore e con riguardo all'impugnazione di una sentenza resa dalla *medesima* Corte di appello<sup>27</sup>.

Ora è evidente che l'immotivata soluzione prescelta dalla pronuncia in epigrafe rischi di far emergere quei rischi di opinabilità della scelta, già segnalati dalle Sezioni unite<sup>28</sup>, che sembrano ritornare come un fiume carsico nel dibattito sul tema.

## 5. Il giudizio abbreviato sana il deficit di motivazione del decreto che dispone il ricorso a impianti esterni?

Anche il terzo motivo di ricorso, con cui si invocava la violazione dell'art. 268, comma 3, per difetto di motivazione in ordine all'impiego di impianti esterni alla Procura, è stato giudicato inammissibile. In questo caso i Giudici della nomofilachia, ri-

---

<sup>23</sup> Ci si riferisce segnatamente a Cass., Sez. II, 19.12.2017, n. 9486, in *Il Penalista*, con nota di MARANDOLA, nonché Cass., Sez. II, 3.3.2017, n. 30627 in *www.altalex.com*, con nota di MARANI.

<sup>24</sup> Cfr. S.U., 22.11.2000, n. 32, in *C.P.*, 2001, 2988 con nota di CIAVOLA. Anche la relazione al Codice previgente riteneva manifestamente inammissibili i motivi privi di «*qualsiasi base giuridica*».

<sup>25</sup> Cass., Sez. II, 19.12.2017, n. 9486, cit.

<sup>26</sup> Tale conclusione si rinviene in Cass., Sez. V, 19.01.2018, n. 15472, cit., in Cass., Sez. VI, 23.03.2017, n.31285, in *Rv.* 270569, in Cass., Sez. III, 19.01.2017, n. 24305, in *Rv.* 269984.

<sup>27</sup> Ci si riferisce segnatamente a Cass., Sez. V, 19.01.2018, n. 1547, cit., che si segnala per una puntuale ricostruzione del dissidio giurisprudenziale in tema di conseguenze della mancata indicazione del nominativo dell'interprete che ha prestato il suo ufficio in relazione alla captazione.

<sup>28</sup> Cfr. S.U., 11.11.1994, n. 21, in *C.P.*, 1995, 1165, p. 3296 con nota di MARANDOLA, le quali avevano rilevato che «*il discrimine tra manifesta infondatezza e (semplice) infondatezza dei motivi è incerto e pone il giudice di fronte a una scelta talvolta opinabile*». Successivamente il rischio di imperscrutabilità dell'oscillazione tra infondatezza e manifesta infondatezza è stata diffusamente analizzata da ROMEO, *Tra Scilla e Cariddi il superstite lupo di mare*, in *DPC*, 16 giugno 2016, ove si osserva altresì che sia «*una favola quella per cui esista in rerum natura - come pur si continua a ripetere nelle sentenze - una chiara, precisa e ben identificabile linea di demarcazione tra motivi infondati e motivi "manifestamente infondati" del ricorso*» e prima *Allegria di naufragi: dove va la Corte di cassazione?*, *ibidem*, 12 ottobre 2015.

chiamando alcuni precedenti, hanno osservato che la dedotta inutilizzabilità non ha natura patologica e quindi non può essere rilevata in sede di giudizio abbreviato<sup>29</sup>. Effettivamente nella giurisprudenza della Corte regolatrice esiste «*un orientamento interpretativo secondo il quale, in tema di giudizio abbreviato, sono pienamente utilizzabili le intercettazioni eseguite con l'impiego di impianti diversi da quelli in dotazione della Procura della Repubblica, benché disposte con decreto privo di motivazione, atteso che tale carenza non integra un'ipotesi di inutilizzabilità patologica*»<sup>30</sup>.

Nondimeno si tratta di un asserto tutt'altro che pacifico.

Invero, ancora una volta, si registra un diverso orientamento, anche all'interno della medesima quinta sezione penale della Corte<sup>31</sup>, che, con recente arresto, ha considerato come la violazione *de qua* «*non possa che ascriversi alla categoria dell'inutilizzabilità patologica*». E ciò giacché la denunciata carenza di motivazione involge «*direttamente la sfera protetta dall'art. 15 Cost.*»<sup>32</sup>.

E del resto in suo risalente arresto il Giudice delle leggi aveva sottolineato che l'osservanza dell'art. 15 della Carta fondamentale non si risolve nella mera ricorrenza di una puntuale motivazione del decreto reso dall'autorità giudiziaria, implicando la norma costituzionale garanzie che «*attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche*»<sup>33</sup>.

Peraltro, l'arresto della quinta sezione ha ampiamente invocato a sostegno del proprio *dictum* una pronuncia delle Sezioni unite<sup>34</sup>, chiamate a dirimere un contrasto sulla utilizzabilità, nel procedimento di prevenzione, delle captazioni acquisite con impianti esterni alla Procura, in assenza di apposita motivazione. Al riguardo val la pena rammentare che il *punctum dolens* riguardava proprio la circostanza se la motivazione in ordine al ricorso ad impianti esterni sia direttamente attuativa del precetto costituzionale, oppure attenga ad una mera modalità esecutiva dell'intercettazione, ultronea alla tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni.

Il massimo consesso della Corte ha condivisibilmente rilevato che anche le previsioni normative destinate a disciplinare «*le modalità esecutive delle operazioni di un mezzo destinato a "limitare" un diritto fondamentale*», concretano «*le garanzie stabilite dalla legge*», indispensabili, ex art. 15 Cost., per comprimere l'inviolabile diritto della persona alla libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Per un ampio *excursus* degli arresti giurisprudenziale configuratisi nel tempo, in ordine ai vizi deducibili in sede di giudizio abbreviato, si rinvia a RICCARDI, *Il restyling del giudizio abbreviato nella riforma del processo penale: nullità, inutilizzabilità e incompetenza per territorio, tra conferme e alcune contraddizioni*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>30</sup> Il brano è escerto da Cass., Sez. V, 27.02.2019, n. 25082. Il predetto principio risulta affermato da Cass., Sez. II, 24.02.2016, n. 10134, in Rv. 266195; Cass., Sez. I, 03.11.2015, n. 472, in Rv. 265853; Cass., Sez. II, 14.01.2014, n. 3606, in Rv. 258541.

<sup>31</sup> Ci si riferisce segnatamente a Cass., Sez. V, 27.02.2019, n. 25082, cit.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Cfr. C. cost., 21.03.1973, n. 34, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>34</sup> La pronuncia richiama diffusamente Cass., S.U., 25.03.2010, n. 13426, in C.P., 2010, p. 3049, con nota di BELTRANI.

<sup>35</sup> Cass., S.U., 25.03.2010, n. 13426, cit.

*Rebus sic stantibus*, ben può dubitarsi che la scelta del rito possa consentire l'uso di captazioni che hanno compresso, in violazione di legge, un diritto inviolabile della persona.

## **6. Il ricorso fondato su pronunce della corte di cassazione può essere temerario?**

Infine, merita osservarsi che all'esito del giudizio, la Corte, ritenendo profili di colpa in capo ai ricorrenti, li ha condannati alla sanzione massima prevista in caso di declaratoria di inammissibilità, applicando l'aumento di cui all'art. 616 c.p.p.

Ora, sebbene dalla lettura della sentenza del Giudice nella legge n. 186 del 2000, si coglie che la parte privata, il cui ricorso sia stato dichiarato inammissibile, può ritenersi esente da colpa soltanto in «*evenienze estreme*»<sup>36</sup>, è altrettanto vero che la medesima Corte ha censurato l'art. 616 c.p.p., *antea* vigente, considerando incompatibile con il principio di eguaglianza una norma che tratti allo stesso modo la posizione di chi abbia proposto il ricorso per cassazione ragionevolmente fidando nella sua *ammissibilità* e quella del ricorrente “temerario”.

È dunque lecito ritenere che un ricorso sostenuto da precedenti della medesima Corte regolatrice, ben possa integrare un caso in cui non è ravvisabile alcuna colpa.

---

<sup>36</sup> C. cost., 7.06.2000, n. 186, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



## REATO EX ART. 570-BIS C.P.: ACCORDO TRANSATTIVO E PRECEDENTE PROVVEDIMENTO GIUDIZIARIO\*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI, sentenza 7 febbraio 2020, n. 5236,  
FIDELBO Presidente – APRILE Relatore – DALL'OLIO P.M.

**Fabio Ballarini**

**Sommario:** **1.** La questione sottoposta all'attenzione della Corte. – **2.** La genesi dell'art. 570-bis c.p. – **3.** La sentenza Corte Cost. 05.06.2019 n. 189/2019. – **4.** La posizione della giurisprudenza. – **5.** Gli accordi transattivi tra i coniugi quali scriminanti dell'art. 570-bis c.p.

### ABSTRACT

*Il contributo, muovendo da un'analisi della sentenza della Cass. pen. Sez. VI, 07.02.2020, n. 5236, ricostruisce la genesi dell'art. 570-bis c.p. come introdotto dall'art. 2 d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 - tenendo conto delle motivazioni della sentenza Corte Cost. 05.06.2019 n. 189/2019 - per poi analizzare l'efficacia scriminante dell'art. 570-bis c.p. individuata dalla Corte nell'accordo transattivo sottoscritto dai coniugi, a cui il coniuge-imputato si era conformato, con il quale riducevano l'importo dell'assegno di mantenimento fissato dall'autorità giudiziaria sebbene l'accordo non fosse stato recepito in alcun provvedimento giudiziale.*

*The paper starts by analyzing the sentence of the Criminal Cassation Section VI, 07.02.2020, n. 5236, to reconstruct the genesis of art. 570-bis of the Italian Criminal Code, as introduced by art. 2, Legislative Decree n. 21 of 1<sup>st</sup> March 2018. In doing so, it takes into account the reasons of the Constitutional Court's judgment, n. 189/2019 of 05.06.2019, to then move on and examine the justification effect of art. 570-bis of the Italian Criminal Code, identified by the Court in the settlement agreement signed by the spouses. The accused spouse had complied with said settlement agreement by which the amount of the maintenance allowance set by the judicial authority had been reduced, although the agreement had not been implemented by any judicial order.*

---

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

## 1. La questione sottoposta all'attenzione della Corte.

Nella sentenza in commento il ricorrente veniva condannato ex art. 570-bis c.p. nei primi due gradi del giudizio per non aver versato integralmente l'importo al coniuge, quale assegno di mantenimento stabilito con sentenza di divorzio.

Nella sentenza impugnata, il Giudice del gravame sebbene l'imputato avesse effettuato dei pagamenti parziali in adempimento di un accordo transattivo raggiunto con l'ex coniuge, aveva ritenuto irrilevante le intese volte a ridurre l'importo dell'assegno di mantenimento fissato dall'autorità giudiziaria, in quanto l'accordo non era stato recepito in alcun provvedimento giudiziale.

La VI<sup>a</sup> Sezione della Corte di Cassazione disattendeva le motivazioni della Corte di appello territoriale e, citando un rencete precedente della stessa sezione<sup>1</sup>, rappresentava come la stessa giurisprudenza civile di legittimità avesse riconosciuto *“la liceità delle intese economiche raggiunte dalle parti dopo la presentazione della domanda di divorzio, poiché gli accordi si riferiscono ad un divorzio che le parti hanno già deciso di conseguire e non semplicemente prefigurato (Cass. civ., Sez. 1, n. 5244 del 11/06/1997, Rv. 505124)”*.

Precisava la Corte che, attesa la diversità delle discipline sostanziali, mentre le intese patrimoniali raggiunte in sede di separazione non possono incidere sulla determinazione dell'assegno di divorzio che presuppone lo scioglimento del matrimonio, quelle intervenute successivamente alla sentenza di divorzio sono da ritenere valide, efficaci e vincolanti tra le parti purché non contrarie all'ordine pubblico o all'interesse dei beneficiari dell'assegno di mantenimento anche se non recepite in un provvedimento dell'autorità giudiziaria, come affermato dalla stessa Cassazione civile<sup>2</sup>.

L'imputato veniva quindi assolto con la formula *“perché il fatto non costituisce reato”* attesi i versamenti mensili parziali effettuati che avevano di fatto privato dell'elemento soggettivo, *sub species* di dolo, l'art. 570-bis c.p. contestato.

## 2. La genesi dell'art. 570-bis c.p.

Per meglio comprendere la questione giuridica sottesa alla pronuncia in commento si ritiene utile ripercorrere brevemente il quadro normativo che ha dato origine alla fattispecie di cui all'art. 570-bis c.p.

Prima dell'introduzione dell'art. 12-sexies della l. n. 898 del 1970, a seguito dell'entrata in vigore della legge 6 marzo 1987, n. 74, l'inadempimento degli obblighi di assistenza nei confronti dei figli era perseguibile solo mediante l'art. 570 c.p. dove, il secondo comma numero 2), puniva con la pena della reclusione congiunta a quella della multa chi *«fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero*

---

<sup>1</sup> In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, non sono configurabili i reati di cui alla l. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 12-sexies, e art. 570 c.p., qualora gli ex coniugi si siano attenuti ad accordi transattivi conclusi in sede stragiudiziale pur quando questi non siano trasfusi nella sentenza di divorzio che nulla abbia statuito in ordine alle obbligazioni patrimoniali. (Cass. pen., Sez. VI, 04.06.2019, n. 36392).

<sup>2</sup> L'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali, concluso tra le parti ai margini di un giudizio di separazione o di divorzio, ha natura negoziale e produce effetti senza necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione (Cass. civ., Sez. III, 3.12.2015, n. 24621).

*inabili al lavoro*», ovvero agli ascendenti o al coniuge non legalmente separato «*per sua colpa*». Con l'art. 12-*sexies*, si sanzionava con le pene previste dall'art. 570 c.p. il coniuge divorziato che si sottraeva all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma dei precedenti artt. 5 e 6 della medesima legge. Il reato, procedibile d'ufficio<sup>3</sup>, si configurava per il semplice inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno nella misura disposta dal giudice in sede di divorzio, prescindendo dalla prova dello stato di bisogno dell'avente diritto, diversamente da quanto previsto nella fattispecie ex art. 570 c.p. che richiedeva, invece, la sussistenza di tale circostanza. Nel caso di separazione tra i coniugi, invece, era configurabile esclusivamente il reato di violazione degli obblighi di assistenza previsto dall'art. 570 c.p.

Successivamente, l'art. 3 della l. n. 54 del 2006, sul cd. affido condiviso, ha previsto un'ulteriore fattispecie penale, formulata sul modello dell'art. 12-*sexies* della l. n. 898 del 1970, con la quale si è proceduto ad una sostanziale parificazione tra la violazione degli obblighi di mantenimento previsti dalle sentenze di divorzio alla violazione dei medesimi obblighi previsti nelle sentenze di separazione personale, ricomprendendo anche gli obblighi economici nei confronti dei figli minorenni e/o maggiorenni di genitori separati, senza che fosse necessario l'induzione in uno stato di bisogno richiesto dall'art. 570, comma 2, c.p. Anche in questo caso l'apparato sanzionatorio era determinato con la stessa pena prevista dall'art. 570 c.p.

Il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, concernente “*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*”<sup>4</sup>, ha introdotto nell'ordinamento penale il principio della riserva di codice inserendo l'art. 3-*bis* c.p. secondo il quale «*Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*».

Nell'ottica di una revisione sistematica dell'ordinamento penale volta a garantirne una migliore organicità<sup>5</sup>, l'art. 2 d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 ha inserito nel codice l'art. 570-*bis* c.p., intitolato “*Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio*” che, richiamando anche questa volta

<sup>3</sup> Cfr. Cass., S.U., 31.05.2013, n. 23866.

<sup>4</sup> L'art. 1, comma 85, lettera q), della l. n. 103 del 2017 aveva delegato il Governo all'«*attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato*».

<sup>5</sup> Le modifiche apportate al Codice penale risultano costituite all'interno del Titolo XII del Libro II da un nuovo Capo I-*bis*, intitolato ai “*delitti contro la maternità*”, e di una Sezione I-*bis* all'interno del Capo III del medesimo titolo, dedicata ai “*delitti contro l'uguaglianza*”. Si è poi proceduto con l'art. 240-*bis* c.p. “*Confisca in casi particolari*” a collocare la cd. confisca “allargata” all'interno del Codice penale tra le misure di sicurezza patrimoniali.

l'apparato sanzionatorio dell'art. 570 c.p., punisce la condotta del coniuge che «*si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli*».

L'art. 7, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 21 del 2018 ha previsto poi l'abrogazione dell'art. 12-sexies della legge n. 898 del 1970, mentre la successiva lettera o) ha abrogato l'art. 3 della legge n. 54 del 2006, di tal modo trasferendo all'interno del codice penale le due figure criminose previgenti disciplinate dalle norme abrogate ora fuse nell'unica fattispecie di cui al nuovo art. 570-bis c.p.

Il principio della riserva di codice, permeato da una sempre più avvertita esigenza di un contenimento dell'espansione ipertrofica ed incontrollata del diritto penale, ha posto sin da subito la questione sul perimetro di tipicità del reato di omesso versamento di assegno di mantenimento. L'ambito applicativo non è infatti sembrato del tutto sovrapponibile con le fattispecie pregresse ed in particolare con il combinato disposto degli artt. 3 e 4 della legge del 2006 per le quali era sorto un dibattito all'interno della stessa VI<sup>a</sup> Sezione<sup>6</sup> in quanto l'art. 4 non sembrava disciplinare espressamente l'ipotesi in cui tale violazione fosse stata realizzata dal genitore convivente *more uxorio*.

---

<sup>6</sup> “*Nell'ambito della sesta sezione, sono emersi due orientamenti contrapposti. Secondo l'orientamento maggiormente attento all'esegesi testuale delle norme in questione, il reato di omesso versamento dell'assegno periodico previsto dall'art. 12-sexies legge 1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 della legge 8 febbraio 2006 n. 54) è configurabile esclusivamente nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, mentre, nel caso di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza può configurarsi il solo reato di cui all'art. 570, comma secondo, n. 2, cod. pen. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'art. 4, comma secondo, legge n. 54 del 2006, in base al quale le disposizioni introdotte si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, fa riferimento ai provvedimenti di natura civile e non anche alle previsioni normative che attengono al diritto penale sostanziale) (Sez. 6, n. 2666 del 19/01/2017, Rv. 268968). In senso contrario si registra una successiva pronuncia, secondo la quale il reato di omesso versamento dell'assegno periodico per il mantenimento, educazione e istruzione dei figli, previsto dall'art. 12-sexies l. 1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 della l. 8 febbraio 2006 n. 54), è configurabile non solo nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ma anche in quello di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza. (In motivazione, la Corte ha precisato che, alla luce di un'interpretazione sistematica della disciplina sul tema delle unioni civili e della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli, introdotta dalla l. 20 maggio 2016, n. 76 e dal d.Lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, che ha inserito l'art. 337-bis cod. civ., l'art. 4, comma secondo, legge n. 54 del 2006, in base al quale le disposizioni introdotte si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, deve essere interpretato con riferimento a tutte le disposizioni previste dalla legge citata, comprese quelle che attengono al diritto penale sostanziale, in quanto una diversa soluzione determinerebbe una diversità di trattamento, accordando una più ampia e severa tutela penale ai soli figli di genitori coniugati rispetto a quelli nati fuori dal matrimonio) (Sez. 6, n. 25267 del 06.04.2017, Rv. 270030)” in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/9830-relazione-massimario-violazione-obblighi-assistenza-familiare-3.pdf> - Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, Rel.: 32/18 pp. 8 e ss.*



### 3. La sentenza Corte Cost. 05.06.2019 n. 189/2019.

Con la sentenza n. 189/2019, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 570-*bis* c.p., nella parte in cui esclude dall'ambito di operatività della disciplina penale ivi prevista i figli di genitori non coniugati.

I giudici *a quibus*, prospettando un eccesso di delega delle norme del d.lgs. 21/2018, avevano sottoposto al vaglio della Corte la legittimità della disposizione abrogativa, contenuta in un decreto legislativo, a seguito della quale era stata introdotta una nuova disposizione (*rectius*: art. 570-*bis* c.p.) ove erano state trasfuse le previgenti disposizioni, in violazione degli artt. 3, 25, 30 e 76 Cost.

La norma di nuovo conio, delimitata come reato proprio del “coniuge”, avrebbe quindi secondo i giudici rimettenti solo parzialmente abrogato “...l'omesso versamento dell'assegno periodico per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli (minorenni, ovvero maggiorenni ma ancora non autosufficienti) nati fuori dal matrimonio; condotta che in precedenza era ricompresa – secondo l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza prevalente della Corte di cassazione – nell'alveo applicativo dell'abrogato art. 3 della legge n. 54 del 2006”.

In buona sostanza per i rimettenti, il nuovo art. 570-*bis* c.p. non conteneva alcun riferimento, neppure implicito, alla disciplina dei rapporti dei figli con i genitori non coniugati. Secondo la Corte la nuova norma si innestava, invece, su un consolidato assetto interpretativo giurisprudenziale che, partendo dalla indubitabile considerazione della piena vigenza dell'art. 4, comma 2, della legge n. 54 del 2006<sup>7</sup>, aveva ritenuto che la norma si riferiva a tutte le disposizioni, anche penali, della detta legge compresa quella del delitto di cui all'art. 3. Sussisteva quindi una perdurante efficacia dell'estensione “ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati” della disciplina sanzionatoria delle violazioni degli obblighi economici, essendo del tutto irrilevante sul piano sostanziale che la norma incriminatrice prima contemplata dall'art. 3, della l. n. 54 del 2006, fosse stata successivamente trasferita nell'art. 570-*bis* c.p.

Pe tale ragione la Corte ha quindi escluso che l'art. 570-*bis* c.p. abbia introdotto una ingiustificabile disparità di trattamento tra figli legittimi e non, accordando una più ampia e severa tutela penale ai soli figli di genitori coniugati rispetto a quelli nati fuori dal matrimonio.

### 4. La posizione della giurisprudenza.

Alla luce di quanto sopra esposto, ed a parità di trattamento sanzionatorio, le condotte del coniuge-genitore inadempiente rispetto al versamento delle somme dovute all'ex coniuge e ai figli minorenni e/o maggiorenni anche se nati fuori dal matrimonio risulta, pertanto, allo stato affidata agli art. 570<sup>8</sup> e 570-*bis* c.p.

---

<sup>7</sup> Il quale prevede che le disposizioni della legge n. 54 del 2006 si applichino «anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati».

<sup>8</sup> La dottrina maggioritaria e la recente giurisprudenza sono orientate nel ritenere contemplate tre diverse autonome figure di reato. Nel 1° comma.: violazione dei doveri che trovano il loro

In sintesi:

- la condotta costitutiva del reato prevista al 1° comma dell'art. 570 è quella di chi, investito della potestà di genitore o della qualità di coniuge, viola gli obblighi di assistenza ad essi conseguenti, abbandonando il domicilio domestico o comunque tenendo una condotta contraria all'ordine o alla morale familiare.
- al 2° comma, quella di chi dilapida o malversa i beni del figlio minore o del coniuge ovvero fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore o invalidi al lavoro, agli ascendenti o al coniuge non legalmente separato per fatto a lui addebitabile.
- nell'art. 570-bis c.p. la condotta incriminata, applicabile anche nel caso di unioni civili alla luce di quanto disposto all'art. 574-ter c.p., concerne la sottrazione all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero la violazione degli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.

All'interno di questo "rinnovato" quadro normativo, la Corte di Cassazione<sup>9</sup> ha in diverse occasioni sottolineato la continuità normativa tra la fattispecie prevista dall'art. 570-bis c.p. e quella prevista dall'art. 12-sexies della l. n. 898/1970 e dall'art. 3 l. n. 54/2006, confermando l'applicabilità dell'art. 570-bis c.p. anche nel caso di violazione degli obblighi di natura economica in materia di separazione tra i coniugi o di affidamento condiviso dei figli, compreso il mancato versamento delle spese straordinarie in favore dei figli.

Per quanto qui di interesse poi, si è avuto modo di precisare che affinché la condotta di cui all'art. 570-bis c.p. possa ritenersi scriminata non vale la dimostrazione della mera flessione degli introiti economici o la generica allegazione di difficoltà economiche o la semplice indicazione dello stato di disoccupazione, ma è necessario fornire una dimostrazione rigorosa di una vera e propria impossibilità assoluta a adempiere alle obbligazioni imposte dal giudice<sup>10</sup>.

Purtuttavia in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, non sono configurabili i reati di cui agli artt. 12-sexies l. n. 898/1970 e 570 c.p., qualora gli ex coniugi si siano attenuti ad accordi transattivi conclusi in sede stragiudiziale pur quando questi non siano trasfusi nella sentenza di divorzio che nulla abbia statuito in ordine alle obbligazioni patrimoniali<sup>11</sup>.

---

fondamento nella comunione di vita del nucleo familiare; nel 2° comma: violazione del rapporto fiduciario nascente dal vincolo di parentela a seguito delle condotte di malversazione o dilapidazione dei beni appartenenti al figlio minore o al coniuge con conseguente offesa degli interessi patrimoniali dei familiari nonché violazione del dovere di solidarietà che lega i familiari a tutela di quelli indigenti.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. VI, Sentenza, 17.10.2018, n. 56080.

<sup>10</sup> Ne deriva che non sono sufficienti a dimostrare l'impossibilità oggettiva di versare l'assegno di mantenimento e le somme necessarie a sostenere le spese straordinarie in favore del figlio la vendita da parte del padre della propria attività e il fallimento della società di cui lo stesso era amministratore, in assenza di prove idonee a dimostrare la dedotta crisi economica. Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sentenza 12.03.2019, n. 16138.

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. VI, Sent., (ud. 04.06.2019) 23.08.2019, n. 3639.

## 5. Gli accordi transattivi tra i coniugi quali scriminanti dell'art. 570-bis c.p.

Il codice di rito civile, con la previsione contenuta nell'art. 710 c.p.c. consente alle parti la modifica delle condizioni di separazione sia quando mutano le condizioni patrimoniali dei coniugi, sia riguardo ai provvedimenti inerenti al mantenimento e l'affidamento della prole qualora intervengano nuove circostanze modificative delle condizioni già stabilite nella sentenza di separazione. Restano esclusi dal perimetro applicativo dell'art. 710 c.p.c. gli accordi patrimoniali autonomi raggiunti dai coniugi in previsione all'instaurazione di una vita separata, ancorché riferiti alla prole.

È, infatti, considerato *jus receptum* che la separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente un contenuto essenziale, il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti, ed un contenuto eventuale, che trova solo occasione nella separazione, costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata<sup>12</sup>.

Inoltre, la tendenza delle ultime riforme varate dal Legislatore, con specifico riferimento alla separazione al divorzio ed alla loro modifica, appaiono chiaramente volte ad attenuare il ruolo dell'autorità giurisdizionale a favore di un deciso potenziamento degli accordi raggiunti direttamente dai coniugi<sup>13</sup>.

Del resto, sotto il profilo sostanziale, agli accordi omologati in sede giurisdizionale i coniugi di sovente affiancano intese modificative che non vengono sottoposti al vaglio giudiziale, rispetto alle quali la giurisprudenza ha in diverse occasioni affermato che le convenzioni "a latere" possono legittimamente integrare o specificare ma non mutare sostanzialmente il quadro degli accordi portati al vaglio del giudice<sup>14</sup>.

La giurisprudenza civile di legittimità, si è addirittura spinta a riconoscere valore negoziale agli accordi tra i coniugi con autonomi effetti obbligatori anche laddove vadano a modificare le statuizioni patrimoniali contenute, non nell'accordo omologato in sede di separazione consensuale, ma nella sentenza di separazione giudiziale<sup>15</sup>. Ed è proprio a tale arresto giurisprudenziale a cui rinvia la sentenza in commento

---

<sup>12</sup> "... detti patti non sono suscettibili di modifica o conferma in sede di ricorso 'ad hoc' ex art. 710 c.p.c. o anche in sede di divorzio, la quale può riguardare unicamente le clausole aventi causa nella separazione personale, ma non i patti autonomi, che restano a regolare i reciproci rapporti ai sensi dell'art. 1372 c.c." cfr. Cass. Civ., n. 16909 del 19.08.2015; recentemente Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 26.07.2018, n. 19847.

<sup>13</sup> Si vuole fare riferimento al D.L. n. 132/2014 ed in particolare agli artt. 6 negoziazione assistita dai legali pur con la clausola di salvaguardia del vaglio del P.M, e 12, possibilità di una procedura direttamente dinanzi al Sindaco del Comune di residenza dei coniugi quale Ufficiale dello stato civile. Sullo stesso crinale si muove la l. 6 maggio 2015, n. 55, sul "c.d. divorzio breve" così come la mediazione familiare e la c.d. pratica collaborativa.

<sup>14</sup> "Gli accordi tra i coniugi modificativi delle disposizioni contenute nel decreto di omologazione della separazione ovvero nell'ordinanza presidenziale ex art. 708 c.p.c., trovando legittimo fondamento nell'art. 1322 c.c., sono validi ed efficaci, anche a prescindere dal procedimento ex art. 710 c.p.c., qualora non superino i limiti di derogabilità posti dall'art. 160 c.c. e purché non interferiscano con l'accordo omologato ma ne specificano il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti agli interessi ivi tutelati" (Cass. civ., 12.1.2016, n. 298).

<sup>15</sup> Cass. civ., 3.12.2015, n. 24621.

affermando l'insussistenza del reato di cui all'art. 570-bis c.p. "... qualora l'agente si sia attenuto agli impegni assunti con l'ex coniuge per mezzo di un accordo transattivo, non omologato dall'autorità giudiziaria, modificativo delle statuizioni sui rapporti patrimoniali contenute in un precedente provvedimento giudiziario".

In buona sostanza, anche la giurisprudenza della VI<sup>a</sup> Sezione penale della Corte di Cassazione tende a prendere le distanze da quella giurisprudenza che considerava gli accordi circa la regolamentazione delle condizioni di separazione o di divorzio dei coniugi senza effetto se non trasfusi in un provvedimento giudiziale.

Ma quali sono gli accordi transattivi conclusi in sede stragiudiziale tra i coniugi che, sebbene non siano trasfusi nella sentenza di separazione o divorzio, possano ritenersi idonei a scriminare il reato di cui all'art. 570-bis c.p.?

A tale interrogativo il Supremo Collegio risponde richiamando criteri di ordine generale secondo cui l'accordo transattivo non dovrà essere contrario all'ordine pubblico o all'interesse dei beneficiari dell'assegno di mantenimento, nel qual caso le intese raggiunte non solo saranno pienamente idonee a produrre autonomi effetti obbligatori tra le parti ma, soprattutto, costituiranno una scriminante all'ipotesi delittuosa dell'art. 570-bis c.p. se l'imputato ha conformato la sua condotta agli accordi intercorsi con l'ex coniuge. La sentenza affronta de relato anche il problema della prova dell'accordo transattivo intercorso tra le parti. Nel caso *de quo*, infatti, il ricorrente lamentava che la sentenza gravata aveva erroneamente confermato la decisione di condanna di primo grado, senza tenere conto che "...tra gli ex coniugi era stata sottoscritta una intesa con la quale l'assegno di mantenimento fissato dal giudice civile veniva consensualmente ridotto in ragione delle precarie condizioni lavorative del prevenuto". Si desume, pertanto, che il compendio probatorio cristallizzato nell'istruttoria dibattimentale risultava viziato dalla mancata valutazione in termini assolutori di un documento scritto da entrambe le parti rispetto al quale l'imputato "...aveva adempiuto a quell'accordo, pur non essendo stato lo stesso trasfuso in un nuovo provvedimento giudiziale, con la consapevolezza di non avere così violato alcun obbligo di legge".

Ed è proprio la valenza di scriminante del reato contestato attribuita dal giudice di legittimità ad un istituto civilistico (*rectius*: atto di transazione) l'aspetto più interessante della pronuncia.

Ed invero, sebbene l'atto stragiudiziale di transazione tenda proprio ad impedire il sorgere di liti ovvero a risolverle, il combinato disposto degli artt. 1965-1967 c.c., richiede la forma scritta *ad probationem* onde evitare che sorgano incertezze probatorie sul contenuto del contratto. Va da sé che la transazione conclusa senza la forma scritta ha piena efficacia probatoria soltanto se non sia contestata nella sua esistenza e nel suo contenuto dalla parte nei cui confronti vuole essere fatta valere. In caso contrario, non è ammissibile in sede civile la prova per presunzione né quella testimoniale a meno che il contraente dimostri di aver perduto senza sua colpa il documento che gli forniva la prova (artt. 2725 e 2724, n. 3 c.c.)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> La Seconda Sezione civile ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ponendo la questione se in una transazione o anche, più in generale, in un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta "*ad probationem*", sia operativo il divieto della prova per testi e se l'eventuale inammissibilità possa essere rilevata d'ufficio o

Nell'ambito del processo penale, invece, a norma dell'art.193 c.p.p.<sup>17</sup>, ed in virtù del principio del libero convincimento del giudice, non sono presenti i limiti stabiliti dalle leggi civili quali ad esempio, l'art. 2721 c.c., che pone limiti alla prova testimoniale, eccetto quelli riguardanti lo stato di famiglia e la cittadinanza. In buona sostanza il giudice penale è libero nella ricostruzione degli eventi, ha un'ampia discrezionalità nella valutazione delle prove, non è assoggettabile nella ricerca della prova ai divieti e ai limiti previsti nel processo civile e, pertanto, la prova potrà essere fornita con qualsiasi mezzo ed anche mediante un complesso di indizi che rispondono ai requisiti di gravità, precisione e concordanza voluti dall'art. 192 c.p.p.

debba, invece, essere eccepita dalla parte interessata entro il termine di cui all'art. 157 c.p.c. art. 157 - Rilevabilità e sanatoria della nullità., comma 2, c.p.c., nella prima istanza o difesa successiva alla sua articolazione; il quesito è stato posto all'interno della più ampia questione riguardante l'esistenza o meno di un unitario regime processuale relativo all'inammissibilità della prova testimoniale, derivante dal combinato disposto di cui agli artt. 2725 c.c. art. 2725 - Atti per i quali è richiesta la prova per iscritto o la forma scritta. e 2729 c.c. art. 2729 - Presunzioni semplici. c.c., applicabile indifferentemente sia ai contratti per i quali sia richiesta la forma scritta "ad probationem", sia a quelli per cui la forma è richiesta "ad substantiam". (Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 20.11.2019, n. 30244).

<sup>17</sup> Pur in assenza di una espressa codificazione del fine ultimo del processo penale, non si può negare che esso vada individuato nella ricerca della "verità" del fatto oggetto dell'imputazione (GIARDA, sub art. 193, in *Comm. c.p.p.*, Giarda, Spangher, I, Milano, 2010, 1907).



# PAGINE SENZA TEMPO

**A cura di Iacopo Benevieri**

Iniziamo questa rubrica dedicata alle parole senza tempo con un'arringa pronunciata da Alfredo De Marsico in difesa di Rocco Di Candia avanti il Tribunale Militare di Trieste il 28 dicembre 1927.

Il fatto portato all'attenzione del Collegio fu semplice nella sua drammaticità: nel 1925 il Maresciallo dei Carabinieri Rocco Di Candia esplose quattro colpi di rivoltella all'indirizzo della moglie, Maria Pignataro, provocandone il decesso.

Qualche tempo prima aveva scoperto e fatto confessare alla coniuge la propria infedeltà, ottenendo una condanna per adulterio.

Nel corso del giudizio a carico del Di Candia l'accusa argomentò come la confessione della moglie sarebbe stata indotta dallo stesso imputato dietro la promessa di accoglierla nuovamente nel talamo coniugale. Tuttavia, terminato il processo per adulterio, la Pignataro e il Di Candia si incontrarono nella Stazione dei Carabinieri, dove il Di Candia negò alla moglie la promessa riconciliazione, rifiuto che avrebbe spinto la Pignataro a minacciare di prostituirsi e il Di Candia a esplodere i colpi d'arma da fuoco.

Nel corso del processo fu accertato come il tumulto di emozioni suscitato dalle parole della moglie avesse determinato nell'imputato una transitoria infermità di mente.

Il Tribunale assolse.

De Marsico nella propria arringa scandaglia l'animo dell'imputato, la genesi e la portata inarrestabile del turbamento che ebbe a provare davanti alle parole della coniuge.

Chiunque potrà notare lo stile asciutto, il lessico puntuale ma anche il pathos del grande Maestro campano.

Numerosi sono gli spunti di riflessione che possiamo trarre dalla lettura di queste mirabili parole.

Uno tra tanti, l'importante mutamento nella costruzione argomentativa imposto dal "nuovo" codice di procedura penale.

L'attuale codice di rito ha infatti costituito una novità importante anche sotto il profilo delle abilità argomentative che sono richieste all'avvocato.

In epoche passate, come si può notare dall'arringa che proponiamo in lettura, la discussione finale costituiva lo spazio scenico ed oratorio in cui un avvocato mostrava la propria capacità persuasiva, oggi significativamente frenata dal codice di rito.

L'art. 523 c.p.p. stabilisce infatti, tra l'altro, che il Presidente dirige la discussione e "impedisce ogni divagazione, ripetizione e interruzione".

Con questo articolo è stata dunque revocata la cittadinanza a una serie di figure retoriche proprie della tradizione classica dell'oratoria forense in favore di un modello argomentativo distaccato, contenuto nello stretto perimetro della consequenzialità logica.

Come è stato acutamente osservato, ciò che ha caratterizzato lo stile dell'oratoria forense dall'Ottocento agli ultimi decenni del Novecento è stata l'irruzione del pathos nel dominio del *lógos*<sup>1</sup>. Con il "nuovo" codice di rito, invece, il pathos perde ogni cittadinanza, con la conseguenza che l'argomentazione che dovesse sollecitare reazioni emotive sarebbe meritevole dell'intervento censorio del Presidente.

Se volessimo soffermarci su un esempio, potremmo accennare al destino delle figure retoriche connesse alla "ripetizione", vietata dall'art. 523 c.p.p.

Si impedisce, per esempio, il ricorso all'anafora, che consiste giustappunto nel ripetere la stessa parola o lo stesso concetto all'inizio della frase.

Ne abbiamo un esempio nel quarto capoverso dell'arringa qui proposta, laddove De Marsico, nel riferirsi alle conclusioni del difensore di parte civile, l'Avv. Tammaro, ripete la locuzione "Questa conclusione" seppur con qualche variazione e almeno in un caso in forma ellittica ("*questa conclusione ci dispensa dal dimostrarvi [...]*"; "*[questa conclusione] ci dispensa dal riabilitarlo [...]*", "*questa conclusione impone al nostro compito i suoi limiti necessari*"), oppure quando, poco più avanti, vengono accostati gli "ideali del cuore" e la divisa dell'imputato ("*In questa vicenda di amore e di morte gl'ideali del cuore e l'ideale della divisa sono sempre insieme; insieme fiammeggiano all'inizio; insieme sono offesi dall'adulterio; insieme divampano nella vendetta*").

Dante Alighieri, se avesse iniziato un'arringa con il celebre anaforico del III Canto di "Inferno", senza dubbio sarebbe stato ammonito dal Tribunale ("*Per me si va ne la città dolente, / per me si va ne l'eterno dolore / per me si va tra la perduta gente*"). Analogo richiamo lo avrebbe ricevuto anche Cecco Angiolieri, se avesse osato cominciare il proprio dire con il celebre *S'í fosse foco*.

Anche la figura dell'"amplificazione" è cauta sotto la mannaia dell'art. 523 c.p.p.: la enumerazione di circostanze, parti e aspetti del medesimo tema trattato non ri-

<sup>1</sup> C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, 2001



sulterebbe gradita all'attento governo della discussione. Eppure De Marisco ne fa ricorso frequentemente, come allorquando fa riferimento al drammatico incontro tra l'imputato e la vittima presso la Stazione dei Carabinieri, di poco precedente il delitto («Il sentimento morale, la legge come devono definire l'atto di questo giovane che al buio, dopo un colloquio con l'adultera durato un'ora - una battaglia d'anima e di nervi durata una eternità - spara ed uccide?»). Amplificazione ricca di pathos quanto quella celebre del Vico, il quale pure verrebbe richiamato a una maggior sintetica argomentazione («Cotesti occhi tuoi sono formati alla impudenza, il volto all'audacia, la lingua agli spergiuri, le mani alle rapine, il ventre alla ingordigia, i piedi alla fuga: dunque sei tutto malvagità»)<sup>2</sup>.

Parimenti verrebbe mal sopportata in quanto inopportuna la “*metàbole*”, cioè la ripetizione di una stessa idea per mezzo di parole diverse, le quali paiono correggersi progressivamente l'un l'altra attraverso una maggiore precisione semantica.

Con ineguagliabile maestria De Marsico ce ne fornisce un esempio nella descrizione di un preciso momento del tumulto emotivo dell'imputato, allorquando il suo stato d'animo si trova per un attimo a esser compassionevole per la futura vittima: «Tuttavia, verso l'altro orlo del baratro egli lancia invocazioni di bontà e sembra con le sue mani sollevare dall'onta la colpevole, sorreggerla, elevarla, trasfigurarla».

Eppure la necessità della ripetizione è connessa all'esigenza della cd. “presenza argomentativa”. Con la ripetizione infatti si può accentuare la suddivisione di un fatto o di un fenomeno in parti dettagliate, in frammenti progressivi, suggerendone sfumate distinzioni, con lo scopo di favorire la cd. “presenza”, vale a dire di portare quasi fisicamente l'oggetto del discorso davanti all'uditore, di “presentarlo” alla sua attenzione<sup>3</sup>.

Il ricorso alla ripetizione dunque spesso è giustificato dalla natura del discorso, il quale nell'arringa è di tipo persuasivo e non meramente dimostrativo, come sarebbe se si trattasse di un'argomentazione scientifica.

È pur vero che la reiterazione di temi o di argomenti può discendere da negligenza dell'oratore. È altrettanto vero però come la esperienza quotidiana ci abbia consegnato anche casi nei quali la ripetizione, benché sanzionata e impedita, avrebbe potuto costituire elemento essenziale nella costruzione persuasiva dell'arringa.

La conseguenza è stata, ed è, la esclusione dall'orizzonte della discussione di gran parte delle figure retoriche che sono state elaborate nel corso di secoli. L'abrasione del bagaglio argomentativo non è questione che attiene solo alla forma delle tecniche di persuasione. La filosofia del linguaggio e la neurologia hanno ormai dimostrato come la struttura dell'espressione verbale rifletta e influisca sulle capacità cognitive e di elaborazione della realtà dell'individuo<sup>4</sup>.

L'inaridimento dell'argomentazione rischia dunque di originare e aggravare quel complessivo inaridimento culturale che purtroppo è sotto gli occhi di tutti.

---

<sup>2</sup> G.B. VICO, *Delle istituzioni oratorie*, Ed. Giacinto Moretti, 1844, 81.

<sup>3</sup> C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, 2001, 184.

<sup>4</sup> Cfr., *ex multis*, G.A. MILLER, *Language and Communication*, McGraw-Hill, 1955.

Non ci restano dunque che pochi spazi, come questa rubrica, nei quali possiamo assaporare le mirabili parole di Maestri come De Marsico: parole ricche di anafore e di amplificazioni, di digressioni psicologiche e di iperboli affascinanti, proprie di una tradizione oratoria che sembra ormai destinata al silenzio, benché abbia ancora ricchi insegnamenti da donarci.

Il testo della trascrizione è tratto dalla versione contenuta nel Volume I delle *Arringhe* di Alfredo De Marsico pubblicata da Jovene Editore, Napoli, 1983.

Iacopo Benevieri

Signori,

ringrazio l'illustre collega Baccich di aver concesso a me l'onore di parlarvi in difesa di Rocco Di Candia.

Fragile è lo schermo che ormai ci separa dal pensiero e dalle richieste dell'Avvocato Militare, e lieve sarà la fatica per superarlo.

La parte civile, negando al delitto ogni umanità, ha fatto dell'imputato un maestro di simulazione e di cinismo: il P.M. lo ha invece, almeno nel momento in cui Di Candia pose fra sé e la vergogna la più lunga distanza possibile, proclamato ancora degno della sua divisa.

Questa conclusione ci dispensa dal dimostrarvi che nessuno dei colpi vibrati con tanta irruenza dall'avvocato Tammaro ha prostrato né raggiunto il Di Candia; ci dispensa dal riabilitarlo. Questa conclusione impone al nostro compito i suoi limiti necessari, volgendolo alla soluzione dell'unico quesito che resta da risolvere: se la divisa del Di Candia non si macchiò di alcuna colpa fin quando peregrinò da Cancellara a Mattuglie, dal luogo della tremenda rivelazione all'estremo rifugio ove inseguì la chimera della pace, di quale colpa egli la macchiò a Mattuglie per meritare oggi, al posto di essa, la casacca del recluso?

Il sentimento morale, la legge come devono definire l'atto di questo giovane che al buio, dopo un colloquio con l'adultera durato un'ora - una battaglia d'anima e di nervi durata una eternità - spara ed uccide? La furia di un assassino o il sussulto di un martire?

La parte civile avrebbe perdonato se Di Candia avesse incenerito la donna appena ebbe la certezza della sua infedeltà; è spietata perché egli lo fece dopo aver sofferto altri due anni. Chi uccide per ragion di onore non tarda, essa ha detto, quasi che l'onore offeso potesse ridursi ad uno di quei congegni meccanici che di colpo arrestano in un circuito a corrente e spengono in una lampada la scintilla della luce, per sostituire di un subito nel circolo della vita psichica alla corrente e alla scintilla dell'amore quelle dell'odio; quasi che il contrasto fra il disonore che incita e l'amore superstite che arresta, fra la collera che istiga e la pietà che dissuade, fra la mente che trama pensieri di morte e il cuore che dallo spasimo stesso del disinganno trae palpiti di nuova tenerezza, e il durare di questo contrasto per mesi, per anni, non elevassero chi questo soffre a simbolo di una incomparabile sventura, che è la molteplice angoscia di un uomo in cui né l'amore né l'onore si rassegnano a morire.

Il vero è che le tragedie dell'anima non si lasciano chiudere in paradigmi né generalizzare nella evidenza di un teorema. Ciascuno le vive a suo modo, e più durano quanto più amore vi si può consumare. Le tragedie che giungono fulmineamente

all'epilogo qualche volta sono le più violente, talaltra più povere di passione. Chi uccide tardi ha pianto di più; ha, prima di uccidere altri, ucciso sé stesso.

Per la parte civile dunque è questione di tempo: la responsabilità si fonda sull'intervallo tra l'offesa e la reazione. Non già questione di dubbio sull'offesa, sulla realtà dell'adulterio.

Per l'Avvocato Militare invece l'adulterio è una premessa che è superfluo porre ed accertare. Vero o non vero l'adulterio – egli ha detto –, Di Candia soffrì un'idea fissa: la convinzione della purezza della moglie; le vicende del processo lo costrinsero a dubitarne, non ad escluderla con certezza: la minaccia ignominiosa pronunciata dalla donna, nel discorso concitato che ebbe con lui a Mattuglie, gli diedero quella certezza che fin allora non avea raggiunta. In quel momento, da quella parola fu provocato, e la provocazione cadde su un terreno psichico tarato dalla neurastemia, donde il concorso di due benefici.

Egli ha tentato la decomposizione di una crisi nei suoi elementi: crisi che è fra le più spaventose da cui il cuore di un uomo possa essere squassato; e può anche esser vero che gli elementi ultimi da cui la crisi proruppe furono quelli, ma è falso che la somma di quegli elementi siano la crisi, come è falso che l'incendio che stermina una foresta sia una somma di resina e di scintille, e la valanga una somma di ghiaccio e di vento.

Una crisi si rivela, non si decompone. È enigma, la cui sigla è nel pianto di chi soffre, nel sangue di chi le soccombe. Se ne può misurare la violenza nella forza delle cause, e da esse decidere se lasciarono nella mente bagliori anche fievoli di ragione, o se la occuparono tutta facendovi il buio e scatenandovi la follia.

Perciò il vostro dovere è di conoscerle, è di fissarle le cause della crisi che nel Di Candia per due anni non era scoppiata e che quel giorno scoppiò.

Per farlo, partirete da un punto che nessuno osa contestare: Di Candia uccise la donna che aveva perduto amata. L'aveva amata con la espansività premurosa di cui sono capaci le giovinezze pure, e con l'orgoglio che la figliuola di un vecchio maresciallo dell'Arma ch'egli idolatrava, nella quale era così fiero di servire, poteva ispirargli. Egli visse di lei. Nessuno ha potuto rimproverargli, in tre anni dal matrimonio, un solo minuto di oblio. Pensò per lei un mondo più largo e più degno della piccola Cancellara, e preparò l'acquisto di un quartierino a Napoli. Sognò le gioie della paternità, e chiamò in aiuto operatori valorosi per sottrarla alla sterilità cui le condizioni dell'organismo sembravano condannarla. E i figli sono le aspirazioni degli uomini che amano le loro donne!

Tre anni dunque di veglia ansiosa nell'invocazione della felicità.

Perché mai un così fervido amante avrebbe dovuto simulare le prove di un adulterio non avvenuto? Andiamo oltre, o signori: questo momento è troppo grave per una così stravagante indagine che pure abbiamo sentito coltivare durante un lungo dibattito.

Maria sembrò dividere le ansie della dolce, trepida veglia, e fu invece lontana. Era uno di quegli spiriti infermi – si potrebbe dire guasti – che hanno l'amore d'accanto, d'intorno, e avrebbero il dovere di colmarsene, d'inebriarsene, come quei palmizi che dalla corona spiegata dei loro rami bevono la pioggia consolatrice; e si arrovellano invece in un malcontento perverso ed inquieto, nell'inseguimento di un fantasma. Non si è trovata fra le carte della uccisa la bozza di una lettera che, così, per diletto, anche prima che l'adulterio cominciasse, scriveva ad un amante ch'ella non aveva ma

già sognava? Infedele anche prima che adultera; ingannatrice anche senza l'aiuto di un complice.

E forse è vero che Biscione non adescò più di altri; chiunque avesse potuto occupare il vuoto che il fantasma aveva già scavato sarebbe stato l'eletto.

Talvolta Di Candia temé per lo stesso ardore del suo affetto, ma non dubitò mai. Chi ama teme, ed egli qualche sera si appostò... Contro ombre che dileguavano subito e lo lasciavano più di prima credulo nell'amore della giovane sposa!

Intanto, i ragazzi del paese spiavano lo scambio delle lettere furtive attraverso lo steccato di legno, e la vecchia domestica Claps provvedeva, ignorante e longanime, allo scambio dei libri messaggeri di inviti, e nelle assenze notturne del marito il talamo non rimaneva sempre deserto.

Né era solo un inganno al marito, ma al Maresciallo dei Carabinieri, la cui missione è sagacia che il pubblico crede, ha il dovere di credere invincibile. Era la beffa aggiunta all'inganno; lo scherno schizzato nella vergogna... In questa vicenda di amore e di morte gl'ideali del cuore e l'ideale della divisa sono insieme sempre; insieme fiammeggiano all'inizio; insieme sono offesi dall'adulterio; insieme divampano nella vendetta.

Nessuna trama di frode fu mai più sottile e perversa, più insolente e più misteriosa.

Così, per tre anni. Fu alla partenza da Cancellara che guizzò il lampo capace d'illuminare, di sotto le maschere, i volti e le anime.

L'impunità cessò proprio nel momento che l'adultera sembrava dover volgere definitivamente le spalle a pericolo!

Un'altra prova di una verità costante: che l'impunità non esiste se non come errore od audacia della mente, su cui tutti gli errori e tutte le audacie della vita divengono possibili...

Una stretta di mano furtiva presso l'automobile, il languore dell'addio, il turbamento del distacco, furono la rivelazione. Poco, per un uomo che si erge a giudice della logica del cuore? Tutto, per un cuore che legga nell'impaccio di due amanti.

E il viaggio fu un incalzare di domande; l'arrivo, un martellare più forte di domande. L'espiazione comincia. E siccome è scritto che, quando l'ora dell'espiazione è sonata, le prove affluiscano, senza ombra di stento per chi la cerca, quasi per virtù di una benda di tenebre che avvolga il colpevole, per un alone di luce che si disegni intorno alle cose sepolte e le indichi, la prova trionfale sopraggiunse, per opera della donna, con la lettera che ella tentò lacerare sul terrazzo e che il marito le tolse.

Quella lettera, la cui esistenza quasi si poneva in dubbio, ieri l'abbiamo esibita, con le sue frasi che confondono chiunque voglia ostinarsi a parlare di simulazione della prova dell'adulterio: «vorrei suggerire ancora baci dalla tua bocca...», con le tracce quasi ancora intatte del furore con cui l'uomo riuscì a strapparla dalle mani dell'infedele.

E qui potremmo fermarci e concludere che l'adulterio vi fu.

Già, ci saremmo potuti fermare prima, annunciando un principio: che sull'adulterio v'è un giudicato e che il giudicato è nel mondo della verità ciò che nel mondo delle armi è la disciplina, scossa la quale gli eserciti si sfaldano e soccombono. Ma gli accusatori hanno, più nella strategia del dibattimento che negli assalti della discussione, voluto fare il processo al giudicato, e noi abbiamo sentito il dovere di seguirli, perché non pensassero che per vincere noi abbiamo bisogno di sostituire alle cose le formule.

Quale assurdo, del resto, il dire che Di Candia volle e carpi la confessione della moglie per colpire Biscione!

La indagine così è elusa, non risolta: il perché è spostato, non rimosso.

Perché Di Candia avrebbe dovuto voler colpire Biscione se non per l'adulterio? Altre ragioni di odio mancavano; nessuna sarebbe stata così grave da indurlo a scegliere nell'onore della moglie, cioè nel proprio onore, cioè nel più sacro elemento di tutti i valori familiari, l'arma per ferirlo. E Biscione, al momento della partenza, era lì, presso l'automobile, nel gruppo degli amici, amico anche lui, per salutare Di Candia...

E per quale improvvisa ispirazione Di Candia che fin allora aveva riscosso a Cancellara la stima di tutti, avrebbe dovuto barattarla, inscenando, durante un viaggio, prove artificiose, col disprezzo di tutti?

Ma, per convincere i più increduli, io richiamerò alla vostra attenzione tre atteggiamenti, tre prove che sbocchino dalle radici dell'animo e non si prestano a colture di serra.

Un atteggiamento di lei: caduta la lettera nelle mani del marito, ella fu espulsa, rimandata alla casa paterna. Ella non protestò: chiese solo di potervi tornare da sola, senza la compagnia del cognato.

Un atteggiamento del padre di lei: la figliuola ripassa la soglia della casa donde era uscita sposa; il cognato che l'accompagna accenna a lettere che hanno suscitato dei «sospetti»; il padre deve averla interrogata subito. Ed il padre non protesta contro alcuno; cerca il genero, e l'indomani, incontratolo alla stazione di Potenza, fra tre amici di Cancellara che lo compiangono, non trova che una sola frase, generosa e militaresca, impulsiva e fiera: «Perché non l'hai uccisa?».

Un atteggiamento della matrigna di lei: tiene in casa la figliastra, mentre un'altra, la piccola Iolanda, guarda all'avvenire in cerca del sole, e un giovane, Filiberto, ancora attinge alle non laute sostanze familiari per i suoi studi d'ingegneria; e neppur lei – matrigna – che sarebbe, per calcolo, quasi più felice di una madre nel liberarsi di un incubo come quello, neppure lei protesta né cerca di chiarire, imporre al genero di riprendere la sua donna. Tanto la verità convince ed accascia tutti...

Era allucinazione quella del Di Candia? La casa Pignataro avrebbe conclamato la follia di lui, per redimere anche dal sospetto il nome della sposa infelice.

Invece, tutti masticarono il dolore in silenzio; Maria punita con l'abbandono, priva anche di scarpe, con un paio di «pezze» ai piedi, portò per la casa senza sorrisi il suo pentimento; uno solo poté gridare il suo dolore dall'anima trafitta: Di Candia.

Che importano a quest'ora i vostri arzigogoli sulla spontaneità della lettera 10 dicembre 1925, con cui da Irsina, mentre «l'ombra della morte la perseguita», Maria confessa al marito tutto il suo amore, con una dovizia di particolari che una confessione estorta non consente, che neppure la freddezza di un simulatore resisterebbe a stemperare in tanti periodi, ognuno dei quali, per le anime più glaciali, è un morso che strazia?

Perché arrivare al dicembre, se la pagina più pietosa e più alta del dolore del Di Candia è nella lettera sua alla infedele, scritta, per placare l'insonnia tormentosa, alle due di notte del 21 luglio: lettera che simulazione non può essere, perché porta la sua firma, e per chi ignora il male dell'amore è documento di viltà, non di angoscia?

«Maria, quanto vorrei chiamare quel nome con altro orgoglio, come nei nostri' brevi tempi felici... Ora lo pronunzio il caro nome con umiliazione, mentre una spina acuta mi punge il cuore... Non ti disprezzo ma ti compiangio; disprezzo invece il destino, che così mortalmente ha voluto colpire due cuori che agognavano felicità!...».

«Due cuori»: anche in lei egli riconosce che un giorno almeno cantò la bellezza di un sogno. Quale miracolo questo uomo, che condanna ma ama, non compirebbe, se potesse, per poter amare senza condannare? Egli che, anzi, non sa condannare senza scusarsi: «Perché io ho osato ingiuriarti con le altre mie? a quale scopo? No, nessuna ingiuria è ora il caso di rivolgerti; il mio cuore è tanto addolorato che non saprebbe pronunziare la terribile parola: perdono».

La rivelazione lo ha sorpreso, ed egli vacilla, cercando sua via: «I miei proponimenti sono mille, ma non trovo in essi nessun conforto». Peggio, egli è già vinto: «Sono circondato da spine, da spine di ferro, che non risparmierebbero la mia vita: per me ogni rumore è un terremoto, ogni uomo è un nemico».

Simulerebbe se all'artificio chiedesse la forza, i mezzi, che a lui mancano, per vincere. Ed egli anela alla morte, in lui non parlano che pensieri di morte: «Invoco la morte per far riposare il mio povero corpo abbattuto e avvilito; credimi per quanto vuoi bene alla mamma tua... Ogni qualvolta entro nella mia stanza ove sono le casse, il pianto mi fa nodo alla gola; parmi di entrare in una tomba».

Simulerebbe se tentasse accrescere le apparenze dell'odio contro l'infedele, ed egli non l'odia, anzi confessa di amarla, di struggersi ancora per lei: «Con la tua venuta si è vivificata. la fiamma che brucia nel mio cuore, che brucia senza pietà, che distrugge senza tregua, non perché la tua presenza m'ispira odio ma perché a tanto dolore vedo colei che amavo senza il sorriso sulle labbra. Credimi, è il cuore che parla; il mio cuore si ribella alle altrui sofferenze».

Il male è il passato che non vuole morire, che non può essere ucciso: «Non è la tua presenza che mi fa ricordare il passato, ma il passato è inciso nella mia mente, e nessuno potrà fare allontanare minimamente l'ombra terribile». Il passato vivrebbe anche se ella morisse, perciò egli non ha ucciso, e lo esprime, quasi lo proclama con una frase piena di sdegno e di strazio, che pare il rapido scatto di corde che al passaggio dell'arco si spezzino: «A che oro uccidere te solo quando l'ombra nera, indisturbata, è sulla terra?».

Se tutto ciò che si uccide non può morire, meglio che muoia egli stesso che soffre: «Ricordati di me e della mia anima quando il mio corpo non sarà più... Non offendere la tua famiglia, ché offenderesti tuo marito; non dare alla sua memoria altre torture... Come un amico io ti ringrazio di quanto hai fatto per me, di quanta attenzione hai resa a questa anima infranta... Sarà questa l'ultima lettera? Non so rispondere (ed invece, chi simula ostenta), ma dico, può darsi; comunque, se il tuo cuore sente ancora qualche briciola di affetto per me, la conserverai fra i tuoi ricordi più cari, unitamente a una fotografia: la conserverai per ricordo, per ricordo di colui che poteva sopprimerti e non lo fece per sentimento religioso...».

La simulazione è trama che si sviluppa, si addensa intorno a un disegno, ed egli non ha un disegno da coltivare, non ha trovato nella vita un punto sul quale fissare lo sguardo e la volontà. Ora è contro lei, ora va verso lei; da lei è al tempo stesso attratto e respinto: ogni attrazione è una repulsione, ogni distacco un desiderio riacceso. Ecco un moto dell'anima misericorde e severo, che si esaurisce come sull'orlo di un incolmabile baratro: «quanto vorrei avere la possibilità di annientare il tuo peccato; ma cosa dico! Parole inutili: perdonami...».

Tuttavia, verso l'altro orlo del baratro egli lancia invocazioni di bontà e sembra con le sue mani sollevare dall'onta la colpevole, sorreggerla, elevarla, trasfigurarla: «Vivi tranquilla; non ti abbandonare alle cattive azioni, e dedica la tua vita a Dio, alla casa,

ma non dimenticarti di colui che soffre e si distrugge per averti perduta, e sopra tutto (toccante desiderio di un legame, almeno spirituale, con la donna amata e perduta!) sopra tutto prega per lui, prega che sparisca dalla sua mente un cattivo proposito che lo perseguita continuamente. Addio, anima buona, che per la sua bontà cedette alle tentazioni fatali...».

Chi potrà mai più stupirsi se quest'uomo, che dalla colpevole implora la preghiera per la sua salvezza, ha qualche volta dimenticato, ed ha cercato o subito le sue carezze, e le ha lasciato il libretto ferroviario per la riduzione del prezzo del viaggio - forse di un viaggio per raggiungerlo?

In questi momenti ha patteggiato il suo onore? vi ha rinunciato?

E vi è forse al mondo un'erta che qua e là non si deprima, una fiamma che non spieghi, un dolore che qualche volta non scemi? Più le forze sono capaci di tendersi, più hanno la virtù della tregua, che è sempre minaccia di altra e maggiore veemenza.

Anche la passione che si muta in odio ha le sue pause come il vento che urla nelle forre e che se tace è per tornare a gettarvisi con più impeto.

Gli uomini dalla condotta lineare nell'amore come nell'odio non soffrono di questi sentimenti - assumono la maschera, per gli occhi del mondo. E se un caso si presenta per deporla, ne esce la loro felicità intatta, più serena di prima, con una vernice ed un ingombro di meno.

E gli uomini che, colpiti dalla sventura, vedono ed attuano la soluzione repentinamente, staccandosi con un colpo di pugnale o con una palla di rivoltella da una situazione che doveva aver penetrato tutto il telaio dei loro nervi e della loro vita, sono assai più lontani dal dolore tragico che non quelli la cui mente tanto più odia il passato quanto più il cuore continua ad amarlo e sono corrosi dal contrasto insolubile come il legno dal tarlo.

Quanto più in alto di quei mediocri eroi da oleografia che, appresa la colpa, la vendicano precipitosamente, è Di Candia, che pensa di uccidere e ad uccidere non riesce perché gli fa ostacolo la fede; che caccia la moglie e la invoca; che le proibisce di scrivergli e le scrive; che la eseca e la eleva alla suprema dignità della preghiera; che l'abbandona al suo destino e le si lega, precipitando nel nulla con lei!

Odio o dolore? Chi saprà rispondere? Scalpello, certo, su cui egli batte perché più penetri nel suo animo, fino ad estirpare anche le ultime radici del ricordo di lei; ma più lo scalpello penetra, più egli si ferisce, più quelle radici si approfondano...

Una cosa sola è certa: egli non riposa. I suoi pensieri mutano, larve che compaiono e dileguano, dileguano per riapparire.

Un'altra cosa è innegabile: che per lui la colpa non può rimanere impunita, ed al coraggio che gli manca egli sostituisce le orditure orrende di vendetta. Il vertice del suo dolore è in quella lettera ch'egli scrive al suocero per fargli capire che Maria si è confessata colpevole d'incesto con lui! Nel suo piano, l'accusa nefanda avrebbe dovuto accendere il suocero di sdegno contro la figlia; avrebbe del suocero dovuto fare l'assassino dell'adultera...

È l'animo che tanto più è sconvolto dall'angoscia quanto più sembra livido di perfidia. Così, così l'animo di Di Candia riluce in questa terribile ispirazione di vendetta primordiale, nella quale il padre che ha promesso la fedeltà della figliuola dovrebbe diventare vindice e giustiziere della figliuola infedele.

Egli non avrebbe dovuto insinuare un'accusa così trista contro la vecchiezza di un padre, sentenziano i moralisti, e dimenticano che l'onore altrui è nulla nel delirio

di chi non pensa che al proprio disonore, e porta nel petto un cuore diventato una piaga bruciante; dimenticano che è arduo vantare diritti contro chi in una sola raffica di male perdette la sua ragione stessa di vivere.

Questa traina vien meno, ne ordisce un'altra: propone al suocero di assoldare un sicario per uccidere il rivale. Il suocero non accetta: resta, unica, necessaria, ma meschina, logorante soluzione, la querela per adulterio.

Due mesi dopo la rivelazione, è vero; ma conta i giorni Di Candia, per cui il tempo è tutta una sola veglia, non più in attesa della felicità, ma nella febbre del dolore?

La querela per adulterio non può bastare, per lui che pensava vendetta cruenta senza avere il coraggio di attuarla.

Dopo altri due mesi, aggiunge anche una querela di furto contro la moglie e Biscione. Li sapeva innocenti? E se egli avesse agognato, solo per sfamare la sua brama di vendetta, un marchio di più sulla loro fronte, e più disonorante della condanna per adulterio?

Si misurano i colpi di chi soffre?

Il processo, nuovo alimento al male! Non è né vendetta né riabilitazione. Non conforta l'amor proprio ferito ma lo umilia di più. Non spezza le pastoie ma le allunga e le complica. Il disonore fugge gli occhi della folla: il processo richiama la folla nelle aule; il tradimento teme lo scherno, ed il processo è il sarcasmo, la risata di mille bocche. Se v'era ancora un residuo di resistenza al dolore, si esaurisce: se era amarezza, diviene parossismo. E se taluno dubita ch'egli sia un ingannato, la condanna convince tutti. Marchio, sì, ma per tutti, per i colpevoli come per le vittime.

E se Di Candia continuava ad amare, e poteva – chi sa – nel bisogno di amare raccogliere un giorno la forza di perdonare, il processo poneva l'irreparabile.

E tradimento lo aveva abbandonato in una solitudine d'animo sconfinata, ma con un viottolo per la salvezza nascosto nelle brume del rancore e dell'amore; il processo chiudeva ogni varco.

Così, con le sue mani, egli aveva dalla rupe del destino fatto cadere sul suo animo un altro masso, ed il più micidiale.

Scegliendo la soluzione del giudizio, egli si decretò che con Maria – con la donna senza la quale sentiva di non poter vivere – egli *non doveva* più vivere. Un divieto che scaturiva dalla coerenza delle soluzioni formali, e sotto cui il cuore moriva.

Questa, o signori, è la tragedia: non la pistola che si scarica sugli adulteri alla prima rivelazione, ma questo piangere senza lagrime, questo morire senza sangue, questo agonizzare perenne senza potere né saper morire, questo vivere senza pace, con un gruppo di aspidi che mordono, che mordono, che mordono nel cervello e nel petto...

Nella notte nera dello spirito un altro lampo guizza e Di Candia propone alla donna una richiesta di annullamento del matrimonio per impotenza di lui. Egli la aiuterà nella falsa documentazione del motivo, ed il suo nome le sarà strappato. Chi sa! la libertà di entrambi potrà arrecare un po' di conforto.

Maria non risponde – cioè si rifiuta. E Di Candia resta, rottame umano, in un mondo senza luce, isolato da tutto, legato solo alla sua vergogna ed al suo pensiero.

Il senso del vuoto cresce in lui, spaventosamente. «Non riesco a dimenticare. Non ho con chi condividere il mio dolore, con chi parlare. Son sempre fra quattro mura, che mi dicono: suicidati!».



Scrivendo al suocero per proporgli di prezzolare un sicario contro Biscione, fa sentire quanto il bisogno di uscire, comunque, dal labirinto delle incertezze e dei contrasti lo assilli: «Venite, non esitate, altrimenti precipito».

Il ricordo di lei è aculeo crudele.

Il passato, incubo tormentoso.

Il domani, enigma che lo agghiaccia e smarrisce.

Che fare? Fuggire. Dalla, provincia di Salerno in Toscana. Ha farne di spazio non solo, Avvocato Militare, per non udire il cicaleccio della gente che sa, ma per un respiro di sollievo: bisogno immenso come la sua pena. Senonché la pena lavora, dal fondo, e quella distanza non basta: solo l'infinito sarebbe capace di contenere la sua ambascia.

Ottiene di essere destinato alla più lontana Legione d'Italia: a Trieste; al comando di una stazione di confine: Mattuglie.

Più lontano non è possibile anelare.

A tutti nasconde l'esser suo; dice che la moglie non può raggiungerlo perché ammalata. Si tuffa nel lavoro per cercarvi il filtro che lo stordisca e lo smemori. Le ore della notte avanzano, ed egli è sempre inchiodato al suo tavolo. Il lavoro gli è benefico come l'estasi al martire.

È un malato che cerca riguadagnare il suo equilibrio, in uno sforzo metodico, doloroso. La sua mente è lucida per vedere il male che la devasta, ed egli raccoglie le ultime energie della sua volontà per uccidere il male. Da solo, senza poter chiedere una parola di conforto ad anima viva...

Sulle prime il suo sforzo è enorme. La figura della infedele gli è confitta nelle carni, lo segue, lo assedia, ed egli lavora, distribuisce ed esegue ordini, tiene il comando della sua stazione, ma in realtà egli, lungi dal vivere, recita la sua commedia straziante.

Un filo sottile lo lega alla vita: la volontà di rifarsi un avvenire nella dignità della carriera. Guai a chi lo spezza!

Quel filo potrà rinvigorirsi, purché lo si lasci nutrire dal silenzio, dall'oblio delle vicende passate. È una nuova vita che nasce da una vita che boccheggiava.

Qui, è vero, non è più, o non è solo, la tragedia dell'onore, è il diritto di vivere che si afferma: il diritto di rinascere alla vita, almeno per chi poteva uccidere, secondo il giudizio volgare, e non volle uccidere.

Non ucciderà, egli aveva stabilito, ma vorrò vivere mutilato di tutti gli affetti, con tutta la poesia che mi abbelliva il mondo ridotta ad una sola meta: la mia carriera. Poteva esiger meno Di Candia, almeno da chi tutto gli aveva tolto?

La sventura sofferta cominciava a significare per lui, più che altro, il pericolo alla carriera. Lo aveva superato, guadagnando una sede lontana, ove le sue avversità erano ignorate. E a poco a poco questo frammento di umanità che aveva avvertito il distacco da tutto, la famiglia le amicizie i luoghi nativi, torna ad incastrarsi nell'edificio della vita. Ciò che ve lo inserisce è la carriera, che percorre e desidera con orgoglio, ch'egli pone al posto delle idealità perdute, con la quale empie il vuoto.

Prima, idea fissa era il disonore. Ma a Poco a poco un'altra idea le si associa e ne attenua la tirannia: la carriera.

Della vita si può ripetere ciò che dicesi della natura, che aborre il vuoto: dove il male lo crea, una nuova idealità lo colma. Della vita dell'individuo si può ripetere ciò che dicesi della vita dell'umanità: questa seppellisce i suoi morti e procede; quella, se

supera la crisi, seppellisce i suoi dolori e cammina. Anche deforme per i mali sofferti, cammina.

Colui, dunque, che cercherà strappare Di Candia al lavoro, alla missione della sua carriera, lo assalirà non soltanto nell'ideale, ma nella stessa vita fisica. Riaprirà la piaga del disonore e lo minaccerà nella possibilità stessa di esistere. Lo aggredirà nel cuore e non potrà essere risparmiato.

Sperò salvezza dalla lontananza, e non pensò che fra due creature che il Cielo decide di incatenare allo stesso destino lo spazio è nulla, il mondo si restringe ad un punto: tutto le porta l'una verso l'altra, l'uno contro l'altra.

Il destino martella a S. Gregorio Magno il cuore di Maria Pignataro, a Mattuglie il cuore del marito. Dal cozzo di queste due miserie scoppierà il fulmine.

L'adultera è un povero cencio che il brivido della miseria, il palpito della disperazione sollevano. Senza amore, senza averi, senza conforto, è l'esclusa. A ventitré anni! Meglio affrontare il pericolo, e partire per Mattuglie. Vincerà il no, fin allora fermissimo, del marito? ed avrà conquistato il proprio domani. Non vi riuscirà? e lo avrà conquistato ugualmente, nella pace della morte. Perché, queste due sole speranze reggevano la sua decisione: o il focolare riacceso, o la morte. Promesse di riconciliazione non ne aveva avute mai. Tutti la spingevano a far testamento, secondo il racconto del padre... «Costi quel che costi, andrò» rispose al padre, che si opponeva, e il padre cedette, con una frase che chiude un presagio e la coscienza della situazione irrimediabile: «Ed allora, vada; sarà contenta solo quando l'avrà uccisa».

D'altra parte, Di Candia è un uomo in cui neppure la fede religiosa può avere più presa, perché la fede può dettare una norma di vita quando le energie sono ancora robuste o qualcuno dei valori essenziali della realtà - la madre, i figli, la sposa - restano a dare un contenuto alla vita, mentre col tradimento della sposa tutta la sua realtà era crollata ed egli chiedeva la vita alla irrealtà di un sogno: la carriera. Una folata di vento che facesse invadere il sogno dalle macerie del suo mondo distrutto, egli sarebbe stato perduto.

In questa situazione di anime - ciascuno in bilico sul ciglio dell'abisso - ella cercò il marito, egli fu improvvisamente raggiunto.

Ella, senz'altro che una borsetta, con qualche biscotto, poche monete di rame, un biglietto di viaggio.

Egli, nel suo rifugio, quasi nel suo eremo, col suo tavolo, le sue carte, il suo ufficio. Tra loro, alle loro spalle - il nulla.

Innanzi ai loro occhi, una opposta speranza. Innanzi agli occhi di lei: vivere con lui; innanzi agli occhi di lui: vivere lontano da lei, solo, per la sua divisa.

Nessuna conciliazione possibile.

La tragedia precipita.

Tragedia dell'onore? Che! di tutta la vita, nel viluppo inestricabile delle forze che la compongono.

Se è possibile, cercate misurare il ritmo, la violenza dell'episodio.

Una «donna» è annunciata dal carabiniere Annis: non ha dato il suo nome; ha detto che è una sua parente. Egli intuisce, ordina che la faccia sedere nel corridoio. Ma, scivolando sotto il braccio teso di Annis, la donna entra; è già di fronte a lui.

«La sentii precipitare nella mia camera, come il destino», egli dice nell'interrogatorio.

Annis esce; la porta si chiude. Sono l'uno di fronte all'altra, alle sette di sera, al buio. E la camera resta al buio per un'ora. V'è bisogno di luce?

Il loro inondo era ristretto per loro in un solo punto, intorno a quel tavolo; e il calore della vita si dovè restringere nei loro occhi, e questa luce bastò ad illuminare quel punto.

In momenti simili anche il buio ha splendori di rogo.

Colloquio di un'ora, a bassa voce. Nessuno sapeva, nessuno doveva sapere. Urlava l'anima, e le mascelle lavoravano a soffocare l'urlo.

E questa fatica, questo spasimo, signori, per un'ora. Anche il minuto è l'infinito per la madre che vigili l'agonia del figlio; per il chirurgo che col bisturi nelle mani operi e attenda dal millimetro o dall'attimo la guarigione o la morte. Non poté essere meno logorante l'ansia di quei due cuori che non per un minuto ma per un'ora ebbero battiti così celeri senza potersi concedere almeno il conforto del grido.

Dopo un'ora, una frase: «Vigliacca, mi hai tradito!» e quattro colpi di rivoltella.

Le mascelle non riuscirono in quel momento a stritolare l'urlo, e le mani scatenarono la morte.

Condannerete?

E non dovete, per condannare, stabilire se e quanta possibilità di resistere ancora, dopo due anni dalla terribile rivelazione, dopo un'ora da quel colloquio che contenne più amarezza dei due anni trascorsi, restava in Di Candia?

O non dovete almeno stabilire un movente che meriti, in una qualsiasi misura, essere punito?

Due egregi psichiatri, Pastrovic e Xydias, hanno escluso la responsabilità ed hanno dato un nome alla raffica che travolse Di Candia: psicosi ossessiva. L'Avvocato Militare e l'egregio contraddittore respingono il loro parere. Ed io, pur continuando a pensare che nei misteri della mente penetra sempre meglio chi questi studi coltiva ed arricchisce di quotidiana esperienza anziché il giurista, lascerò per un istante da parte la loro perizia, ed interrogherò il fatto.

Che la vista inaspettata della donna desse un tuffo improvviso al cuore del malato e lo gittasse in preda ad una infernale convulsione, non si può dubitare. Il mondo, per quei due, si restringe in un punto; la vita in quell'attimo; tutte le forze in un solo fremito «Vidi raccogliersi in un solo istante tutte le mie sventure».

Già al principio del lungo, esasperante colloquio le sue forze vacillarono. Ma ogni frase di quel colloquio fu una fibra ed un freno che gli si spezzarono dentro, un rapido cadere verso l'estenuazione di tutte le resistenze.

«Se tu mi cacci, io farò la cocotte a Trieste, a Fiume, o qui, a Mattuglie, sotto i tuoi occhi» le disse, dopo aver invano insistito per mille altre guise, la Pignataro, ed egli ricorda, dando come la plastica del momento psicologico: «Quella parola mi spezzò il cuore ch'era già gonfio».

Dopo, fu lo scatto dell'arma e la tenebra della mente, che da quell'istante non ricorda altro.

L'Avvocato Militare, coprendo della sua pietà la memoria dell'uccisa, si è rifiutato di accertarne le colpe, ed ha tentato una ricostruzione mirabile di squisitezza, ma pur troppo chimerica. Ha sostenuto, come ho già ricordato, che l'idea fissa del Di Candia fu la convinzione della purezza della moglie, malgrado la quasi persuasione dell'adulterio, e che la immonda parola che, in suono di minaccia, gli lanciò sul volto la donna, gli diede, per la prima volta, la certezza della sua infedeltà.

Minacciando di darsi alla lussuria, la donna dava la prova di esservi un giorno già caduta. E ciò fu provocazione...

Ma chi non vede che noi, che non dubitiamo dell'adulterio né della certezza che sempre ne ebbe Di Candia, diamo alla sua irresponsabilità un fondamento anche minore di quello che le assegna, con una argomentazione simile, l'Avvocato Militare? che cioè col suo ragionamento si giunge alla irresponsabilità anche più presto che col nostro?

O Di Candia era certo dell'adulterio, e la vista della donna, lo schiaffo di quella frase riaccessero la brace dei ricordi, rifecero attuali nella sua sensibilità l'ira e il dolore, e il sofisma del ritardo costruito dalla parte civile si dissolve.

O egli credeva, malgrado tutto, nella purezza della donna, e la smentita che la invereconda minaccia in quel momento gli forniva faceva sì che *solo* in quel momento egli sentisse lo schianto della rivelazione, onde il sofisma del ritardo sarebbe travolto anche peggio. Se una rivelazione imprevista spegne la coscienza e scrimina la vendetta, Di Candia non può esser condannato.

Ma - e ciò basta per superare le sottigliezze eleganti del P. M. e rientrare nell'esperienza - Di Candia sapeva, e rivedendo la donna che tutta la bellezza della sua vita aveva distrutta e sepolta, l'amarezza riarse con una potenza irresistibile.

Da tanto tempo non si vedevano. Fuggirla era stato il suo studio. Non si era formato tra loro quell'adattamento all'incontro, che a poco a poco diviene rassegnazione. Fu come soffrire allora per la prima volta l'urto della sorpresa. Questo momento si congiunse nella sua sensibilità a quello della lettera strappata alle mani di lei sul terrazzo. Nella sensibilità di un uomo la vita non è una successione di anni ma la somma dei pochi attimi che segnano un solco profondo, sia di gioia o di sconforto.

Tanto più per chi soffre il dominio, se non il delirio, di una sola idea. Per costoro non v'è l'ieri, l'oggi, il domani. Il tempo è un punto. Quello in cui il loro male cominciò: ad esso tutto il resto del tempo affluisce come acqua declive al fondo detta valle.

Sotto l'urto della riapparizione, Di Candia si trovò impreparato, più debole, e sparò.

Il potere di dominarsi era un germoglio che spuntava appena dai suoi nervi rovinati. La donna lo strappò, e la violenza dell'istinto proruppe ciecamente.

La psichiatria moderna, di cui non cito i maestri, perché la vita di oggi sembra porre in noi i germi di tutte le anomalie e ne facilita la valutazione, conosce e spiega questi equilibri di estrema instabilità che resistono fin quando il malato resti lontano dalle cause del suo disordine. La loro calma è come un edificio dalle imposte chiuse ma non così saldamente che il minimo soffio non le spalanchi e non vi lasci poi precipitare il torrente dei ricordi, delle sensazioni, delle idee associate, dei fantasmi, sotto il quale si annienta in fragore di crisi l'equilibrio che si andava formando.

In questi infelici il male è come una profonda mefite invisibile, che emana silenziosamente il suo alito micidiale, ed è innocua finché non sopraggiunga qualcosa elle la rimescoli e ne sollevi una esalazione più densa e più impetuosa. Allora il veleno invade il sangue e di scatto empie il cuore di fiamme, la mente di tenebre.

Libertà di decisione? Per quell'uomo che chiedeva alla carriera la resurrezione, era un dilemma o accettare quella donna o escluderla, ma escluderla per sempre, giacché ella gli dimostrava ormai che neppure la lontananza la dissuadeva dal tentare.

Per questa via, voi siete ridotti a valutare il movente, poiché o la riduzione della vita morale del Di Candia a questo unico programma vi apparirà degna di perdono, ed

assolverete - o dovrete determinare che cosa vi sembri degno di condanna nell'angusto orizzonte ch'egli si era stretto intorno, sotto la pressione del dolore.

Il sapiente, che si pone oltre le tempeste del cuore, potrà sentenziare che questa visione dell'avvenire è unilaterale, ma è alla legge del cuore che voi dovete chiedere un giudizio sulla immoralità o meno di questo errore della mente.

Condannerete chi ha sacrificato una donna infedele all'unica sua poesia superstite: la carriera, la divisa, la sua Arma?

Sì, noi possiamo ammetterlo senza preoccupazione: qui la tragedia della dignità è più furente della tragedia dell'onore.

Colpito nell'onore, la dignità era rimasta il suo scudo. Ed egli si era lasciato tutto prendere dall'ambizione di una carriera, ed aveva posto le gioie della divisa oltre tutto. Il conforto di comunicarle alla donna amata, ai figli, non gli sarebbe arriso mai, e le avrebbe gustate da solo. Una nube nera, questa, che si stendeva su tutta la sua vite. Ma avanti!

Egli non cerca l'incontro, non chiama la donna: anzi, con la lettera a Filiberto, le comanda di non muoversi.

È guardingo e pauroso come chi corre e sente alle spalle l'ombra, la pista di qualcuno che lo insegue.

La donna ricompare per dirgli: - Ecco, le mie mani ti strapparono la felicità dal cuore; sono pronte anche a contaminare la tua divisa. O entrambi nel fango o tu solo nella luce, nel prestigio della tua carriera, no!

La donna infedele chiedeva al martire di essere anche lui infedele al suo ultimo ideale. Ma le fedeltà ben salde non hanno e non danno scampo.

Signori! È recente il gesto severo di un generale che, raggiunto dalla sposa sul fronte di battaglia su cui egli era responsabile delle sorti di un paese e dell'onore di un'armata, posto fra il dovere e l'affetto, scelse il dovere e freddò con un colpo di rivoltella la sposa restia ad allontanarsi. Quel generale apparteneva non al suo focolare ma alla sua Patria, ed alla fedeltà verso la Patria sacrificò la tenerezza di un sentimento ch'era il più luminoso del suo cuore di uomo.

Candia è assai lontano da questo gesto di omerica grandezza, ma questo, in un raggio estremo del suo fulgore, ci avvia a comprendere che cosa possa la volontà consacrata ad un ideale.

In Di Candia una mistica fedeltà al dovere era nata, e, nata dal dolore, aveva occupato tutto il suo spirito.

Sradicargliela dal petto era sradicar lui dalla vita, e poiché null'altro aveva più per lui un valore, la sua coscienza non aveva più ragione di non troncargli la mano che stesse per recidere le radici clic ancora lo legavano al mondo.

Tutto nel fango? Meglio - avverti l'istinto - tutto nel sangue!

Compiangiamo pure le vittime, ma l'uomo non è tutto saggezza, e dove le sorgenti della vita sono minacciate, è quasi sempre gorgoglio di sangue. Nel sangue si nasce; nel sangue spesso si rinasce.

Senza sangue non si compie il rito della maternità; senza sangue non si compie, troppo spesso, l'espiazione delle grandi colpe. Solo il sangue sembra avere la virtù di poter tutto accendere, tutto cancellare. Nella porpora del sangue che la purità nasce, che la purità torna.

Ferito nell'anima, mutilato di tutti gli ideali, profugo nel dovere, neanche il suo rifugio di Mattuglie egli ritroverà forse domani.

Tutto egli aveva donato alla sua donna; tutto la sua donna gli tolse.

Follia di un uomo, voi definirete il suo atto.

Ed egli trascinerà la sua tristezza di vittima fra due deserti: la distrutta felicità di brevi giorni lontani e lo squallido avvenire, pensando che vi sono esseri in cui tutte le perfezioni sono raccolte ed ai quali ogni gioia è negata per testimoniare che la follia di un uomo o di un istante non è, talvolta, che episodio dell'eterno, insolubile Enigma.

## COMUNICATO ASPP

### **Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale. Il consiglio direttivo. Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza CoVid-19.**

Richiamando il proprio documento pubblicato in data 30 marzo 2020, il Consiglio direttivo dell'ASPP formula le seguenti ulteriori considerazioni.

#### **Premessa.**

L'epidemia virale ha creato un'emergenza della salute individuale e collettiva che ha determinato, per fronteggiarla (art. 32 Cost.), una riorganizzazione della vita sociale, a cominciare dall'economia. Quanto alla giustizia penale, i capi degli uffici giudiziari e il governo hanno fatto scelte che, dopo il voto del Senato, la Camera dei deputati si appresta a tradurre in legge con la conversione del d.l. n. 18/2020. Sono scelte che fanno leva su un'impostazione emergenziale determinante gravi manomissioni degli istituti procedurali, sino alla violazione di precetti costituzionali, tali da non essere giustificate neppure nell'ottica di un'amministrazione della giustizia urgente. Fronteggiare un'emergenza sociale non può comportare una giustizia sommaria: un suo esercizio che comprime le libertà individuali, disattenda le regole del "giusto processo" e abbandoni i metodi della migliore e ormai consolidata epistemologia giudiziaria mette capo a una giustizia definita "virtuale", ma in realtà per l'appunto sommaria, cioè a trattamenti e pronunce, più che inaffidabili, oggettivamente e istituzionalmente ingiusti. Tali essendo le conseguenze della giustizia di emergenza, la sua amministrazione è doveroso che sia sospesa, salvo i casi ineludibili - e da prevedere tassativamente - di urgenza.

1. La sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali. La disciplina delle misure cautelari personali è stata interessata dalla decreta-

zione governativa riguardante l'emergenza sanitaria nell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, dove si stabilisce che nei procedimenti penali per i quali opera "la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, (...) i termini di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p.". Detto periodo va dal 9 marzo 2020, termine già individuato nel d.l. n. 11 dell'8 marzo 2020, all'11 maggio 2020, a seguito della proroga decisa con l'art. 36 comma 1 d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020. Ma la portata dell'effetto *contra libertatem* non sembra esaurirsi con la data dell'11 maggio 2020. Analoga sospensione, insieme ad altre riguardanti i procedimenti di impugnazione cautelare, è stata poi prevista nel comma 9 dell'art. 83, d.l. n. 18, per l'eventuale rinvio del procedimento penale ai sensi del comma 7, lett. g), ma comunque non oltre il 30 giugno 2020; rinvio volto, come noto, a contrastare l'emergenza epidemiologica ed a contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. Invero, il differimento riguarda i procedimenti diversi da quelli previsti nel comma 3 dell'art. 83, d.l. n. 18; e, secondo una lettura ritenuta condivisibile nella relazione del 23 marzo 2020 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, detto richiamo non coinvolgerebbe solo la tipologia dei procedimenti, ma anche i presupposti per la relativa trattazione, quindi anche la necessità che intervenga un'espressa richiesta di trattazione, per cui la sospensione potrebbe ben interessare procedimenti con indagati o imputati che, anche tramite il difensore, non si sono attivati. La sospensione dei termini di durata di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p. si connota negativamente sul piano dell'automaticità degli effetti ed altresì dell'individuazione dei presupposti, con specifico riguardo almeno ai casi di custodia carceraria. Invero, non si allude alla necessità di un provvedimento giurisdizionale motivato e impugnabile, a differenza di quanto assicurato nell'art. 304 c.p.p., per cui gli effetti sospensivi parrebbero conseguire *ex lege* al rinvio del procedimento. Ed in questa prospettiva non si può trascurare il fatto che potrebbero crearsi situazioni diversificate sul territorio nazionale, in conseguenza della diversa decisione adottata dai capi degli uffici giudiziari che possono, non debbono, adottare il rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020, in forza di una discrezionalità estremamente ampia. La mancanza di un provvedimento giurisdizionale, del resto, riflette la mancata considerazione per la particolare pericolosità che in questo periodo riveste la permanenza in carcere: particolare pericolosità che - non a caso - ha portato il Governo ad inserire nello stesso d.l. n. 18/2020 forme di *favor libertatis* per i detenuti definitivi. L'esigenza di un adeguato bilanciamento tra tutela della salute e ragioni cautelari, alla luce dell'inviolabilità della libertà, avrebbe imposto quantomeno di subordinare la previsione di una sospensione dei termini di durata all'individuazione di una eccezionale pericolosità dell'indagato o dell'imputato ai sensi dell'art. 275 c.p.p. Queste disposizioni non sono state sinora oggetto di modifica in sede di esame parlamentare del d.l., se non indirettamente, nella parte in cui per i giudizi pendenti dinanzi alla Corte di cassazione si è attribuita al solo difensore la facoltà di attivarsi per la celebrazione del processo. È tuttavia significativamente mutato il contesto procedi-



mentale all'interno del quale l'indagato o l'imputato *in vinculis* è chiamato ad esprimersi con riguardo alla formulazione della richiesta che si proceda, così impedendo la sospensione dei termini di durata delle misure cautelari. Così, l'indagato o l'imputato che vuole evitare una maggiore durata della misura cautelare personale è costretto ad accettare uno sviluppo procedimentale nel quale si inseriscono forti compressioni del diritto di difesa, alla luce degli spazi che sono stati riconosciuti ad inedite forme di partecipazione a distanza e di formazione del materiale probatorio, per non parlare delle preoccupanti sequenze che possono svilupparsi nelle camere di consiglio a distanza.

2. L'emergenza epidemiologica e il ricorso alla custodia in carcere. A fronte dell'emergenza sanitaria che attanaglia il nostro Paese, sono decisamente fondate le considerazioni critiche provocate dall'assoluta indifferenza mostrata nel d.l. n. 18/2020 con riguardo alle sorti dei detenuti non definitivi. In effetti, l'intervento del Governo – tradottosi nella previsione che, salvo per alcune categorie di delitti o di condannati, la pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di una maggior pena, sia eseguita, su istanza, presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza (art. 123 co. 1 d.l. 18/2020) – si giustifica senza dubbio nella prospettiva di salvaguardare la salute dei detenuti e degli operatori penitenziari, con ovvia attenzione all'intera collettività, se è vero che il virus non rimane dietro le sbarre. E questa esigenza di tutela, invero, non può non essere considerata di primaria rilevanza alla luce delle condizioni di sovraffollamento in cui si trovano le nostre carceri, luoghi dove appare impossibile, più che difficoltoso, assicurare seriamente l'adozione delle misure indispensabili per evitare contagi. Si tratta evidentemente di una problematica che coinvolge l'intera popolazione carceraria: quindi, anche quel terzo sul totale costituito dai detenuti non definitivi, rispetto ai quali, invece, non compare nel testo del provvedimento d'urgenza alcuna previsione, nonostante l'identità di condizioni, di pericoli e, quindi, di necessità di intervento, rispetto ai detenuti definitivi. Tuttavia, taluno potrebbe osservare che la manovra normativa risulta consentita nei confronti dei soli detenuti definitivi, perché esclusivamente nei riguardi di tali soggetti è ipotizzabile la quantificazione del periodo residuo di esecuzione detentiva: dato, questo, (che potrebbe essere) considerato necessario per evitare un'uscita dal carcere di condannati nei cui confronti assuma un rilievo particolarmente significativo la porzione di pena ancora da scontare. Laddove si ritenga di poter seguire una simile argomentazione, si dovrebbe escludere la possibilità di effettuare un corretto bilanciamento tra esigenze repressive e tutela della salute del detenuto non definitivo. In effetti, ai nostri fini non sembrano in alcun modo assimilabili ai diciotto mesi (od ai sei mesi) di pena detentiva residua, gli stessi periodi di custodia cautelare astrattamente residua, ricavati dal confronto con i termini di durata massima, siano essi quelli complessivi o quelli finali, trattandosi di termini sì collegati, nel rispetto del principio di proporzionalità, alla gravità o alla tipologia delle imputazioni, ma del tutto avulsi da una valutazione di meritevolezza di pena. Invero, i termini di durata

massima della custodia cautelare sono il frutto, più o meno accettabile, di un bilanciamento tra il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale e la necessità di far fronte alle esigenze cautelari. Pertanto, se si vuole dare una risposta alla situazione di assoluta emergenza che interessa i detenuti non definitivi al tempo del coronavirus, dobbiamo partire dalla consapevolezza della necessità di individuare un percorso specifico, necessariamente subordinato ad un intervento del legislatore. Difatti, come noto, ogni valutazione sull'adeguatezza delle misure cautelari, e, tra queste, quella relativa all'inidoneità degli arresti domiciliari irrobustiti dal ricorso alle procedure di controllo a distanza, deve essere operata «in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto», mentre la rilevanza riconosciuta alle condizioni di salute presuppone un coinvolgimento diretto dell'imputato e non una situazione emergenziale generale quale quella che oggi l'Italia sta vivendo. Chi intenderà sviluppare questa riflessione, dovrà decidere se il fenomeno pandemico provocato da Covid-19 potrà rilevare in una logica presuntiva o dopo una verifica del pericolo in concreto riferibile al singolo caso. In questa seconda ipotesi, entrerebbero in gioco delicate e complesse considerazioni sul luogo in cui si sta eseguendo o si potrà eseguire la misura carceraria, sull'età e più in generale sulle condizioni di salute del singolo imputato: insomma, su tutti gli elementi rilevanti nella logica dell'emergenza sanitaria, che potranno quindi giustificare la concessione degli arresti domiciliari, in luogo di una custodia in carcere, unica misura altrimenti adeguata alle necessità cautelari individuate ai sensi degli artt. 274 e 275 c.p.p. Decisioni che saranno spesso conseguenti a perizie, a consulenze, a sopralluoghi, con una tempistica inevitabilmente contrastante l'esigenza di una tempestiva adozione del provvedimento, quale che sia la direzione dello stesso. Se invece si segue l'altra prospettiva, concentrata sulla valorizzazione dello stato di emergenza sanitaria, non pare azzardato pronosticare la previsione di un livello di pericolosità cautelare dell'imputato di eccezionale rilevanza, in presenza del quale gli interventi a fini di tutela della salute dovranno essere sviluppati, ma in ambiente carcerario, con esiti positivi, purtroppo, assai improbabili. Purtroppo, i lavori parlamentari non hanno sinora dimostrato alcuna attenzione per queste problematiche. Ma non si tratta di una indifferenza occasionale. Non si può dimenticare che nulla è stato fatto negli ultimi anni per migliorare le condizioni di vita all'interno delle nostre carceri, dove le carenze igienico-sanitarie si accompagnano sempre, nonostante le condanne della Corte di Strasburgo, ad un significativo sovraffollamento. Quindi, oggi ci troviamo impreparati a fronteggiare le situazioni di emergenza, ma anche colpevolmente in ritardo rispetto a situazioni di inadeguatezza cronicizzata del sistema della giustizia penale, in tutti i suoi momenti. Così, da ultimo, la concessione della detenzione domiciliare stabilita per i condannati a pena residua non superiore ai diciotto mesi dovrà misurarsi con una discutibile previsione sull'obbligatorietà del controllo mediante il c.d. braccialetto elettronico. Ma siamo sicuri della disponibilità di tale strumento? Ovviamente il problema si riproporrà, amplificato, nel caso in cui si decida di

estendere la misura attenuata ai detenuti non definitivi. In questa prospettiva, quindi, assume un rilievo davvero notevole il documento con il quale il dott. Giovanni Salvi, Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, si è rivolto il 1° aprile 2020 ai pubblici ministeri, invitandoli ad una riflessione sulle scelte da effettuare in occasione delle decisioni *de libertate*, suggerendo di dare priorità alle esigenze di tutela della salute anche attraverso coraggiose interpretazioni della normativa vigente. Ma spetta al legislatore intervenire. Ed in occasione della conversione in legge del d.l. n. 18/2020, peraltro, dovrà essere sicuramente riconsiderata la previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 123, secondo cui, «salvo che si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena non è superiore a sei mesi è applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari». Non solo la carenza di detti strumenti di controllo potrebbe di fatto vanificare l'operatività della disposizione, ma, anche nei casi in cui si riuscisse a rinvenire la dotazione tecnica necessaria, si delineerebbe una palese disparità di trattamento rispetto al regime di mera facoltatività del controllo elettronico riguardante la detenzione domiciliare (art. 58-*quinquies* ord. penit.), che può interessare condannati a pene anche superiori ai diciotto mesi. Sotto questo profilo, l'ipotizzata considerazione degli indagati e degli imputati nel novero dei detenuti per i quali potrà essere disposta la misura domiciliare dovrebbe favorire l'abbandono dell'irragionevole obbligatorietà del ricorso al c.d. braccialetto elettronico. Difatti, sia pure all'interno di una previsione nella quale la verifica dell'entità e della natura delle esigenze cautelari andrà effettuata tenendo conto delle emergenze sanitarie, non potrà non mantenere valenza quanto previsto dall'art. 275-*bis* c.p.p. per l'adozione di forme di controllo mediante mezzi elettronici, nella parte in cui impone l'individuazione di necessità cautelari da soddisfare nel caso concreto per giustificare il regime più severo nell'esecuzione degli arresti domiciliari. Analoga soluzione, *mutatis mutandis*, potrà essere proposta nei confronti dei detenuti definitivi, per i quali - a norma del comma 2 dell'art. 123, d.l. 18/2020 - la decisione sulla concessione della detenzione domiciliare postula la verifica dell'inesistenza di «gravi motivi ostativi», da individuarsi ragionevolmente nel concreto pericolo di fuga o di commissione di fatti di reato, che dovranno essere considerati anche alla luce delle diverse modalità di esecuzione della misura.

3. Il processo a distanza: rilievi preliminari. Ben oltre le (pur confermate) previsioni originarie (che si limitavano a dilatare il regime ordinario della partecipazione a distanza per le persone a qualsiasi titolo detenute: art. 83, comma 12), per effetto degli emendamenti fin qui intervenuti nel procedimento di conversione del d.l. n. 18/2020, la giustizia penale dell'emergenza si presenta con il volto del processo a distanza. È uno strappo forte ai principi basilari del processo penale, che nemmeno l'emergenza sanitaria sembra poter giustificare. Su un piano diverso, merita comunque critica la sostanziale elusione del principio di legalità della disciplina del processo (art. 111, comma Cost.) che traspare dal costante rinvio, per l'individuazione e la regolazione

del collegamento da remoto, a un provvedimento di un dirigente ministeriale (il Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia). La manovra è ad amplissimo spettro, interessando le indagini preliminari, ogni udienza e persino la deliberazione collegiale della camera di consiglio.

4. L'udienza a distanza. Il comma 12-*bis* stabilisce che le udienze penali – qualunque udienza penale – che non richiedano la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati, come detto, con provvedimento del Direttore ministeriale. Slegato da qualsivoglia presupposto, tale regime appare fortemente criticabile. Esso annulla l'immediatezza e il contraddittorio in presenza, in ordine a capitoli importanti dell'istruzione probatoria, ma non quando si tratti di testimoni (diversi da ufficiali o agenti di p.g.) o di altre residue fonti di prova personale: distinzione arbitraria, attraverso cui filtra l'idea che il diritto alla prova possa essere oggetto di ampia manipolazione. Secondo questo modulo, l'unico soggetto presente presso l'ufficio giudiziario è l'ausiliario del giudice. L'imputato, se libero (o sottoposto a misura cautelare diversa dalla custodia in carcere) partecipa all'udienza solo dalla medesima postazione del difensore, che ne deve attestare l'identità. A prescindere dalla discutibilità di questo onere difensivo, resta il fatto che il collegamento da remoto si presenta come una realtà sostanzialmente priva di disciplina in ordine alla miriade di profili potenzialmente critici (in punto, fra l'altro, di allegazioni probatorie e controlli giudiziali, di documentazione, di modalità interattive e così via). Di fronte a queste esigenze, il legislatore si limita a raccomandare che lo svolgimento dell'udienza si svolga con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Si noti poi che, mediante collegamento da remoto, finirà verosimilmente per svolgersi anche l'udienza di cassazione richiesta dal difensore, il quale non abbia prestato acquiescenza al regime che temporaneamente sostituisce il rito camerale non partecipato ai sensi dell'art. 611 c.p.p. a quello camerale partecipato (art. 127 c.p.p.) o mediante udienza pubblica (comma 12-*ter*).

5. Le indagini a distanza. Notevoli perplessità destano le disposizioni, inserite nell'art. 83, comma 12-*quater*, che mirano a completare il programma del procedimento a distanza includendovi la fase preliminare: si prevede che il pubblico ministero o il giudice, nel corso delle indagini, possano avvalersi, sulla scorta di una valutazione ampiamente discrezionale, di un collegamento da remoto (individuato e regolato ancora dal Direttore dei sistemi informativi e automatizzati ministeriali) quando occorra compiere un atto per il quale sia richiesta la partecipazione della persona sottoposta ad indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone. In sostanza, qualsiasi atto della fase (inclusi, ad es., l'interrogatorio di garanzia, o l'incidente probatorio) potrà svolgersi convocando le persone interessate nell'ufficio di polizia giudiziaria più vicino e alla presenza di un

ufficiale o agente di polizia giudiziaria. Il difensore partecipa da remoto, salvo che decida di essere presente nel luogo dove si trova il suo assistito. Si tratta di previsioni che, mentre non sembrano rivolte a prevenire se non il contagio del magistrato, spostano impropriamente nell'ufficio di polizia giudiziaria il baricentro istituzionale dell'attività giudiziaria della fase. Con una sorta di "delega" il cui schema rischia di risultare suggestivo ben oltre l'emergenza.

6. La camera di consiglio telematica. Le disposizioni che forse più di ogni altra intaccano il nucleo della giurisdizione solo quelle che, per il periodo di emergenza, consentono che le deliberazioni collegiali in camera di consiglio (tutte, anche quelle di cassazione) avvengano anch'esse mediante collegamento da remoto (comma 12-*quinques*). La camera di consiglio telematica pone problemi di disponibilità degli atti processuali da parte di ciascun componente; pone, inoltre, cruciali questioni di segretezza dell'udienza, il che vuol dire, dunque, anche di segretezza delle singole postazioni private in cui i membri del collegio si trovino fisicamente. Soprattutto, appare difficilmente compatibile con l'immediatezza e la contestualità propria del dibattito collegiale (c.d. dialettica interna).

13 aprile 2020

Il Presidente  
Prof. Oreste Dominioni

Il Segretario  
Prof. Hervé Belluta



# COMUNICATO AIPDP

## Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP) Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus

Le condizioni di detenzione nelle carceri italiane sono da tempo connotate, al di là di pur rilevanti differenze territoriali, da una situazione di grave sovraffollamento e da preoccupanti carenze igienico-sanitarie. Si tratta di una crisi strutturale che dipende da vari fattori; tra essi spicca una obsoleta ed insostenibile visione carcerocentrica, preclusiva della previsione di sanzioni principali diverse dalla pena detentiva, che esistono, invece, in molti Paesi europei e che il CPT del Consiglio d'Europa raccomanda di introdurre.

Nonostante le condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo ed i provvedimenti di deflazione carceraria fin qui adottati, il sovraffollamento permane. Secondo i dati del Ministero della giustizia, al 29 febbraio scorso i detenuti erano 61.230, e un comunicato del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute indica che al 20 marzo i detenuti sono scesi a 59.132, a fronte di una capienza regolamentare pari a 50.931 posti, con un'eccedenza, dunque, ancora prossima al 20%. Tuttavia, in alcuni istituti si arriva ad un'eccedenza vicina al 90%. Al sovraffollamento contribuisce la presenza di detenuti in custodia cautelare - misura che dovrebbe costituire l'*extrema ratio*, trattandosi di persone che, in base all'art. 27, comma 2 della nostra Costituzione, devono presumersi non colpevoli fino alla condanna definitiva -: essi, al 29 febbraio scorso, rappresentavano poco più del 30% della popolazione penitenziaria.

A ciò si aggiungono le carenze dei servizi igienico-sanitari, che fanno del carcere un ambiente patogeno. L'assistenza medica ed infermieristica all'interno delle prigioni è insufficiente ed è distribuita in modo disomogeneo sul territorio nazionale; naturalmente, mancano gli strumenti tipici della medicina d'urgenza, della cura di malattie infettive e della terapia intensiva (venti-

latori, ossigeno). Inoltre, all'incirca il 25 % dei detenuti è costituito da tossicodipendenti che necessitano di cure ed un'ulteriore, elevata percentuale di detenuti presenta patologie pregresse anche gravi, ad esempio cardiache o respiratorie: queste persone molto malate, oltre a essere destinate, se contagiate, a sicuro decesso, proprio a causa della loro maggiore vulnerabilità al contagio rischiano di diventarne, in carcere, moltiplicatori di diffusione.

A fronte di tale situazione, già incompatibile con i principi relativi alla pena – che, secondo l'art.27 co.3 della Costituzione non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato –, l'emergenza coronavirus rischia di innescare quella che il Ministro degli interni ha definito una “bomba epidemiologica”, come tale destinata a mettere gravemente a repentaglio la salute non solo dei detenuti, ma dello stesso personale penitenziario – già messo a dura prova anche a causa delle carenze di organico – e della collettività.

Nelle attuali condizioni delle carceri non è possibile assicurare adeguatamente l'adozione delle misure indispensabili per evitare contagi da coronavirus: distanza di sicurezza, igiene personale, sanificazione dell'ambiente. Sono tuttora carenti i dispositivi di protezione individuale. Si rendono pertanto necessarie misure volte ad affrontare questa situazione anche prescindere dal sovraffollamento, dato che anche in sua assenza il rischio di contagi rimarrebbe elevato: il che esige l'adozione di specifiche tutele, per i numerosi detenuti o condannati che presentino aspetti di accentuata vulnerabilità individuale al contagio.

In tale contesto, i provvedimenti recentemente adottati dal Governo appaiono ancora insufficienti.

L'art. 2 comma 8 e comma 9 d.l. 8 marzo 2020, n. 11 dispone che i colloqui con i detenuti avvengano solo in via telefonica o 'da remoto' e che la concessione dei permessi-premio e della semilibertà possa essere sospesa fino al 31 maggio 2020. Tale provvedimento si limita dunque a 'chiudere' il carcere, senza poterlo tuttavia rendere 'impermeabile', dal momento che ogni giorno vi transitano tantissime persone, dal personale civile alle forze dell'ordine.

Con il d.l. 17 marzo 2020, n.18, invece, si dispone, all'art. 123, che salvo eccezioni per alcune categorie di reati o di condannati, ai sensi della l. n. 199/2010 e fino al 30 giugno 2020 la pena detentiva non superiore a 18 mesi, anche se parte residua di maggior pena, sia eseguita, su istanza, presso il domicilio. L'art. 124 dello stesso d.l., “Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà”, stabilisce inoltre che, in deroga all'art. 52 ord. penit., tali licenze possano durare fino al 30 giugno 2020.

Il citato art. 123 prevede disposizioni in deroga all'art. 1 l. n. 199/2010 – in tema di esecuzione della pena detentiva presso il domicilio – relativamente alle preclusioni, alla procedura per la concessione e agli strumenti di controllo. Tuttavia, attesa la situazione di assoluta emergenza e la connessa urgente necessità di contrastare il grave sovraffollamento carcerario, non appare condivisibile la scelta di limitare l'applicazione del d.l. alla pena detentiva non



superiore a 18 mesi, anche se residua; tanto più che si tratta di una disciplina di carattere temporaneo.

Inoltre, secondo il co.3 dello stesso art. 123, “salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non è superiore a sei mesi è applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari”. Ebbene, la previsione dell’obbligatorietà del controllo mediante strumenti tecnici rischia di limitare eccessivamente l’applicabilità della misura, data la ben nota scarsa disponibilità di braccialetti elettronici; e si espone a censure di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.), considerato che il controllo meramente facoltativo, già previsto dall’art. 58-*quinquies* ord. penit., riguarda anche condannati a pene ben superiori a diciotto mesi.

L’ulteriore misura prevista dall’art.124 d.l. n.18/2020, seppur apprezzabile, non risulta idonea ad una significativa riduzione della popolazione carceraria, se si considera che al 15 febbraio 2020 le persone in semilibertà erano 1039.

Ciò premesso, il Consiglio direttivo dell’AIPDP ritiene necessarie ulteriori iniziative legislative volte sia a contrastare sul piano strutturale il sovraffollamento, sia a fronteggiare i gravissimi rischi legati al contagio da coronavirus nelle carceri. Pertanto, nell’intento di fornire un contributo costruttivo della comunità dei professori universitari di diritto penale, propone di prevedere urgentemente, al più tardi in sede di conversione del d.l. n.18/2020, quanto segue:

- il differimento (fino al 30 giugno 2020) dell’emissione dell’ordine di esecuzione delle condanne fino a quattro anni, rispetto alle quali, di norma, già ora i condannati hanno diritto di attendere in libertà l’esito della richiesta di fruire di una misura alternativa alla pena detentiva. In tal modo si limiterebbero nell’attuale fase di emergenza i nuovi ingressi in carcere e si alleggerirebbe subito il carico di lavoro della magistratura di sorveglianza;
- l’innalzamento a due anni del limite di pena detentiva, anche residua, eseguibile presso il domicilio, ampliando la portata dell’art.123 d.l. n.18/2020 e precisando che tale disciplina si applica “salvo quanto previsto” in via ordinaria dall’art.1 l.n.199/2010, ossia in aggiunta e non in sostituzione di quanto disposto da quest’ultimo;
- la modifica dell’art.123 d.l. n.18/2020 nel senso di rendere facoltativo il controllo mediante dispositivi elettronici, come è già previsto per la detenzione domiciliare di cui all’art. 58-*quinquies* penit. e dall’art. 275-*bis* c.p.p. per gli arresti domiciliari;
- la reintroduzione di uno degli strumenti temporanei rivelatisi più efficaci tra quelli introdotti dalle leggi di deflazione carceraria: la liberazione anticipata speciale di cui all’art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, che aveva portato da 45 a 75 giorni a semestre la detrazione di pena ai fini dell’ammissione, tra l’altro, alla semilibertà. In particolare, andrebbe precisata l’applicabilità di tale detrazione anche ai fini della detenzione domiciliare;

- la previsione fino al 30 giugno 2020 – ampliando l'ambito di applicazione dell'art.124 d.l. n.18/2020 – della possibilità per tutti i semiliberi e gli ammessi al lavoro all'esterno, che abbiano già dato prova di buona condotta, di permanere presso il proprio domicilio o altro luogo di assistenza;
- l'introduzione di una disciplina temporanea che imponga al giudice di tener conto, al momento della scelta della misura cautelare, anche dell'attuale emergenza sanitaria legata al coronavirus: ciò consentirebbe di disporre più spesso gli arresti domiciliari in luogo della custodia in carcere, eventualmente con l'uso del braccialetto elettronico, come previsto dall'art. 275-*bis* c.p.p. La legge di conversione dovrebbe, inoltre, espressamente stabilire che tale disciplina si applica anche a quanti si trovano già in stato di custodia cautelare in carcere all'entrata in vigore della legge;
- ai fini della gestione dell'emergenza all'interno delle carceri, l'istituzione, presso ogni Istituto, di unità di crisi che coinvolgano rappresentanti di tutti gli operatori, compresi i volontari; l'adozione di misure straordinarie per l'adeguamento delle strutture sanitarie e l'assunzione urgente di personale medico, socio-sanitario e penitenziario, nonché per l'agevolazione della comunicazione a distanza tra detenuti e familiari;
- l'individuazione di strumenti o di criteri applicativi di misure di tutela specifica, sino a prevedere provvedimenti mirati di detenzione domiciliare, per i detenuti o i condannati che presentino aspetti di accentuata vulnerabilità individuale al contagio.

Il Direttivo segnala, inoltre, la necessità di monitorare la situazione relativa agli internati nelle residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza (REMS) e nei centri di detenzione per il rimpatrio e di accoglienza per migranti e, ove necessario, di predisporre misure di contrasto del sovraffollamento e/o di adeguamento delle condizioni igienico-sanitarie.

23 marzo 2020

*Il Consiglio direttivo AIPDP*

(S. Seminara, Presidente; M. Donini, Vicepresidente; M. Catenacci; A. Cavaliere; A. Rossi; A. Vallini; C. Visconti)