

Rivista trimestrale | Luglio/Settembre 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

Giorgio Spangher - **Tra colibrì e calabrone...**

Pierpaolo Dell'Anno - **Standard di garanzie ed indagini sotto copertura nei reati contro la P.A.**

### ARTICOLI

Iacopo Benevieri - **Il giudice suggestivo. L'esame testimoniale condotto dal giudice in una prospettiva tra diritto e linguaggio**

Marco Naddeo - **I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.**

### OPINIONI

Sergio Moccia - **Massimo Nobili: il costume della legalità**

Alessandro Diddi - **Le novità in materia di intercettazioni telefoniche**

## **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 - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - Massimo Donini - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Riscato - Bartolomeo Romano - 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:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - 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 - Giulio Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

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

Silvia Astarita - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - 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

## Editoriali

- GIORGIO SPANGHER, *Tra colibri e calabrone...* p. 451
- PIERPAOLO DELL'ANNO, *Standard di garanzie ed indagini sotto copertura nei reati contro la P.A.* » 455

## Articoli

- IACOPO BENEVIERI, *Il giudice suggestivo. L'esame testimoniale condotto dal giudice in una prospettiva tra diritto e linguaggio* » 467
- MARCO NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.* » 491
- LAURA BACCHINI, *Stampa e reclusione: quando il rischio di una riforma è il tradimento degli obiettivi* » 499
- SABRINA TIRABASSI, *"L'accesso accelerato" alla semilibertà: l'ampliamento dei poteri del magistrato di sorveglianza* » 515

## Opinioni

- SERGIO MOCCIA, *Massimo Nobili: il costume della legalità* » 531
- ALESSANDRO DIDI, *Le novità in materia di intercettazioni telefoniche* » 545
- CARLA CUBBICIOTTO e BRUNO ANDÒ, *Il contrasto e la repressione dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro: il caso Uber* » 559
- COSIMO PEDULLÀ, *La progressiva estensione dello statuto penalistico all'illecito amministrativo punitivo. Una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4 L. 87/1953* » 575

## Dalle corti

- RAFFAELE MUZZICA, *Le frontiere sovranazionali della legalità: brevi note su alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo* » 587
- FLAVIA ACCARDO, *La notizia di decisione n. 3/2020, Cass., Sez. III, ud. 2 luglio 2020: prime considerazioni* » 593
- GIOVANNI PASSALACQUA, *Ricognizione e brevi considerazioni in materia di criteri di valutazione della prova indiretta nel giudizio cautelare* » 607

JACOPO BURATO, *Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e best interests of the child* » 623

DANIELE LIVRERI, *Felloni contro Italia: caso isolato o breccia nella cultura dell'inammissibilità?* » 635

FRANCESCO DALAITI, *Acconsentire all'acquisizione degli atti d'indagine non equivale ad accettarne gli effetti: un timido ritorno alla legalità processuale* » 641

### **Pagine senza tempo**

JACOPO BENEVIERI, *Pietro Ellero: un coraggioso giurista contro la pena di morte* » 649

## TRA COLIBRÌ E CALABRONE...

Giorgio Spangher

1.

Il tema della libertà personale sia sotto il profilo della custodia cautelare, sia sotto l'aspetto dell'esecuzione della pena è da sempre oggetto di scelte condizionate dall'equilibrio – precario – tra diritti della persona (presunzione di innocenza; dignità ed esigenze rieducative) e istanze generali (processuali; securitarie).

Il punto di equilibrio risente del contesto legato al modello processuale ed alla consistenza dei fenomeni criminali.

Ancorché si tratti di elementi che richiederebbero non poche specificazioni, la schematizzazione appena effettuata appare adeguata alle considerazioni che si vogliono sviluppare.

L'irrompere dell'emergenza sanitaria ha inevitabilmente interessato anche il comparto giustizia ed in particolare anche quello delle strutture penitenziarie (dall'inizio coinvolte in alcune rivolte). Con il d.l. n. 18, poi convertito nella l. n. 27 sono stati assunti i provvedimenti tesi al decongestionamento delle strutture carcerarie, tenuto conto della gravità del rischio di diffusione epidemico in contesti nei quali la contiguità fisica poteva facilmente accentuare la diffusione del Covid-19.

Si è così prevista la concessione della detenzione domiciliare per soggetti con pene in corso di esaurimento a sei e diciotto mesi con conseguenti varie modalità applicative (controllo elettronico).

Se l'intervento d'urgenza ha interessato l'esecuzione della pena (artt. 123 e 124 del cit. d.l. n. 18), nulla ha ritenuto di affermare il legislatore con riferimento alla custodia cautelare in carcere. Anzi, con riferimento alle misure cautelari personali il legislatore ha previsto la proroga dei termini ordinari di restrizione in conseguenza della stasi dei processi nei quali erano state disposte le misure.

Ancorché siano state segnalate molte criticità nell'individuazione dei rischi del sovraffollamento e delle condizioni sanitarie all'interno delle carceri (individuazione delle patologie costituenti aggravamento del rischio del virus), la situazione emergenziale (pur nella sua gravità, ma proprio per que-

sto) era percepita come una “felice” occasione per una “rilettura” dei presupposti delle situazioni restrittive.

Considerate le resistenze culturali, politiche e ideologiche ad una lettura diversamente bilanciata della questione “carcere”, le nuove previsioni venivano viste come proiettabili al di là della contingenza.

Per un verso, infatti, le nuove previsioni si collocavano nella stessa prospettiva della riforma elaborata dagli stati generali dell’esecuzione penale e delle proposte della Commissione Giostra, sulla riforma dell’ordinamento penitenziario, per un altro, la necessaria valutazione della condizione dei soggetti in custodia cautelare, pur in mancanza di espressa previsione, consentiva di recepire la lettura della dottrina sugli ambiti applicativi della restrizione prima della condanna, ove è previsto che il carcere sia l’*extrema ratio*, che siano adeguatamente tutelati i soggetti deboli, che sia valutata la proporzionalità della misura rispetto alla prognosi di condanna, che siano escluse le valutazioni presuntive.

Sul piano dell’esecuzione della pena i giudici di sorveglianza, oltre ad applicare le riferite previsioni d’urgenza, in presenza di situazioni patologiche suscettibili di pregiudizio alla salute (cioè, al diritto alla vita) hanno ampliato con l’art. 47-ter ord. penit. le situazioni suscettibili di favorire le detenzioni domiciliari.

Sul punto della cautela, non può non essere segnalata la circolare del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione che ha evidenziato gli ambiti nei quali la situazione epidemica doveva essere oggetto di valutazione nel momento di applicazione e gestione dello strumento cautelare inframurario: nella valutazione delle situazioni di arresto obbligatorio e di fermo; nelle misure applicabili; nei differimenti esecutivi.

Mentre è difficile dire quali ricadute abbiano avuto queste indicazioni sulla varietà delle situazioni processuali, troppo frammentate ed inevitabilmente casistiche, forti reazioni presso l’opinione pubblica, alimentate inizialmente dalla stampa (da una parte) e poi dalla politica (da una parte) hanno indotto ad una reazione fortemente restrittiva, culminata nella decretazione d’urgenza n. 28 e n. 29 (ora convertiti nella l. n. 70) che ha imposto la rivalutazione delle situazioni che avevano disposto le detenzioni domiciliari e gli arresti domiciliari.

2.

La situazione, seppur così sommariamente delineata, suggerisce alcune riflessioni di sistema.

In primo luogo, si evidenzia una distinzione strutturale non secondaria tra il momento della cognizione e quello della fase esecutiva.

Si ricava la netta sensazione, pur nella presenza di collegamenti tra i due momenti, evidenziati dalla decisione che definisce il processo, di una sempre più accentuata autonomia della fase esecutiva-penitenziaria.

Scontando i riferiti ritardi di adeguamento ai diritti costituzionali, il momento di esecuzione si struttura in vari segmenti integrati (costituzione del

titolo; gestione del titolo; trattamento penitenziario), non solo giurisdizionizzati, ma governati da una magistratura specializzata che ne ha progressivamente plasmato forme e contenuti. Un ruolo decisivo in materia è stato svolto dalla Corte costituzionale con molte e significative declaratorie di incostituzionalità, in linea con le decisioni di condanna all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In secondo luogo, a conferma di quanto detto, si è evidenziata negli sviluppi normativi segnalati, una notevole capacità di autonomia e di resistenza della magistratura di sorveglianza che ha saputo reagire con fermezza e determinazione, in punto di diritto, ai tentativi, piuttosto rozzi, della politica di condizionarne le decisioni, ribadendo la propria *voluntas*.

In terzo luogo, sono emerse le fragilità delle strutture di vertice del ministero, coinvolte in tematiche condizionate fortemente dal dibattito politico, incentrato sulle esigenze securitarie, chiamate a prevalere non solo su quelle sanitarie, ma anche più in generale su quelle rieducative e su quelle connesse alla dignità dei detenuti.

Questa autonomia della magistratura di sorveglianza, che ha trovato adeguata sponda in una Corte costituzionale dove sono evidenti le posizioni soggettive all'interno della camera di consiglio, sembra consegnarci un futuro più garantito e rispettoso dei diritti dei carcerati. A questo dato si aggiunge la presenza del garante dei detenuti che costituisce un ulteriore strumento di tutela.

Restano, invece, incerte le sorti della riferita lettura della procura generale della Cassazione in ordine alle scelte che devono essere poste a fondamento della custodia cautelare, una volta superata la fase emergenziale. Sarà opportuno farvi spesso riferimento come punto di non ritorno, nella speranza che quelle opzioni si siano sedimentate.

A conferma che quando ci sono termini sanzionati con la perdita di efficacia delle misure (artt. 391, 309 e 294 c.p.p.) le scansioni processuali sono rispettate, la celebrazione di questa attività è continuata, a differenza del resto dell'attività giudiziaria.





# STANDARD DI GARANZIE ED INDAGINI SOTTO COPERTURA NEI REATI CONTRO LA P.A.

Pierpaolo Dell'Anno

**Sommario:** **1.** L'estensione dell'ambito di operatività delle operazioni sotto copertura ad opera della legge "spazza corrotti". - **2.** Efficienza investigativa vs rispetto delle garanzie. - **3.** Le operazioni sotto copertura nei procedimenti P.A.: le criticità.

## 1. L'estensione dell'ambito di operatività delle operazioni sotto copertura ad opera della legge "spazza corrotti".

La recente legge 9 gennaio 2019, n. 3, rubricata "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*", e battezzata da giuristi e giornalisti come legge "spazza corrotti"<sup>1</sup> ha senza alcun dubbio fornito "nuova linfa" allo strumento investigativo delle attività sotto copertura poste in essere dagli agenti infiltrati, ampliando significativamente l'ambito di operatività di queste ultime.

Ideate e sperimentate con riferimento a settori criminali diversi, caratterizzati abitualmente da una forte connotazione organizzativa, le operazioni cd. *undercover* costituiscono già da tempo un validissimo ed efficace strumento

---

<sup>1</sup> Per una panoramica sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione si vedano A.A., *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, a cura di Della Ragione, in *Il Penalista*, 2019; CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*, 3, 2018; CANTONE-MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 6, 2019, 5 ss.; MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5, 2019, 231 ss.; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.*, 3, 2018; PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 5, 2019, 600 ss.

investigativo volto a contrastare alcune forme di criminalità particolarmente gravi, come quella del traffico di stupefacenti<sup>2</sup>. Ora, per effetto del recente intervento normativo, tali operazioni sono consentite anche in procedimenti aventi ad oggetto alcuni dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione.

L'ampliamento dell'elenco tassativo delle attività per le quali è ammesso il ricorso alle operazioni *undercover*<sup>3</sup> è avvenuto apportando alcune modifiche alla lettera a) del comma 1 dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, secondo due modalità: 1) innanzitutto, inserendo all'interno del catalogo dei delitti per cui è consentito il ricorso alle speciali tecniche investigative anche i reati previsti dagli articoli "317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis" del codice penale; 2) in secondo luogo, ampliando il novero delle condotte scriminate, in modo da includervi quelle che, pur integrando le fattispecie tipiche di alcuni reati contro la pubblica amministrazione richiamati, possono essere tenute da agenti sotto copertura. Così, non è punibile la condotta dell'agente sotto copertura che consista nell'acquisto, ricezione, sostituzione o occultamento anche di "altra utilità" oltre che (come già previsto dalla norma previgente) di denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope. Le medesime attività sono consentite in relazione a beni o cose che possono consistere anche nel "prezzo" (e non più solo nell'oggetto, prodotto, profitto, o mezzo per commettere il reato), nonché in relazione all'accettazione dell'offerta o la promessa dello stesso. Rientrano nel novero delle condotte scriminate anche la corresponsione di denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri; analogamente la promessa o la dazione di denaro o altra utilità che siano richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio o siano sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio o per remunerare lo stesso.

In definitiva, si tratta di una causa di giustificazione riconosciuta in favore dell'agente che svolge attività sotto copertura quando vengano rispettati i requisiti posti dalla norma: l'operazione deve essere disposta dagli agenti di vertice delle forze dell'ordine; gli agenti sotto copertura devono avere la qualifica di ufficiali e devono appartenere alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia<sup>4</sup>; le operazioni devono essere disposte al

---

<sup>2</sup> L'art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146/2006 ha riunito e integrato, in un unico contesto normativo, le varie ipotesi di agenti sotto copertura sparse nei diversi settori normativi: delitti di liberticidio, favoreggiamento delle migrazioni illegali, riciclaggio, traffico di stupefacenti, terrorismo, criminalità organizzata ecc.

<sup>3</sup> Per l'approfondimento dell'evoluzione storica e della disciplina dell'istituto, si rinvia a G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in AA.VV. *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino, 2015. In merito alle novità introdotte dalla legge n. 3/2019 si veda G. BALLO, *Le operazioni sotto copertura*, in *La legge anti-corruzione 2019, Il Penalista*, a cura di L. Della Ragione, Varese, 2019, 54 e ss.

<sup>4</sup> Secondo l'art. 9 della legge n. 146/2006, legittimati attivamente a svolgere operazioni sotto copertura sono gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e

solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai reati elencati; sono scriminate le sole condotte tassativamente previste dalla norma; l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini<sup>5</sup>.

## 2. Efficienza investigativa vs rispetto delle garanzie.

Ciò che appare di immediata percezione è che attraverso le indagini sotto copertura viene concessa agli organi inquirenti la possibilità di proseguire l'investigazione nel corso dell'infiltrazione pianificata, così da attendere che il reato venga perpetrato, raccogliere elementi probatori ed eventualmente scoprire i diversi soggetti coinvolti. Lo scopo dell'agente infiltrato, quindi, è quello di raccogliere una serie di prove al fine di disvelare un sistema di corrottele radicate e persistenti in contesti amministrativi o imprenditoriali inquinati da mercanteggiamenti sistematici dei pubblici poteri, da collusioni endemiche tra operatori economici apparentemente concorrenti, o comunque da prassi illegali diffuse ed inveterate<sup>6</sup>.

Due i vincoli internazionali imposti al legislatore nel codificare la figura dell'agente sotto copertura nell'ambito delle indagini aventi ad oggetto i reati contro la pubblica amministrazione: il primo di segno "positivo" consistente nell'esigenza di introdurre tecniche investigative speciali allo scopo di contrastare il fenomeno della corruzione<sup>7</sup>; il secondo di segno "negativo",

---

del Corpo della Guardia di Finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle competenze di ciascuna struttura. Con riguardo al settore del terrorismo e dell'eversione, legittimati attivamente sono gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo. La platea dei soggetti legittimati a partecipare ad operazioni sotto copertura, dunque potenzialmente idonea a fruire dello statuto di cui all'art. 9, si amplia, ai sensi del comma 5, ad agenti di polizia giudiziaria, ausiliari e interposte persone di cui i primi si avvalgono nello svolgimento delle operazioni. Vi sono limitazioni soggettive ed oggettive. Le prime legate alla qualità di ufficiale di polizia giudiziaria, appartenente a una struttura specializzata dei corpi di polizia giudiziaria. Le seconde legate al fatto che tali strutture devono agire nei limiti di loro competenza. Se non sorgono particolari problemi in ordine alla individuazione della qualità di ufficiale di p.g., non è agevole cogliere, massimamente con riferimento al settore della corruzione, quali siano le strutture specializzate che, operando nei limiti delle loro competenze, possano partecipare ad operazioni sotto copertura, soprattutto perché a livello nazionale non esistono strutture specializzate aventi una competenza autonoma nel settore in questione.

<sup>5</sup> Nel caso di attività antidroga, la preventiva comunicazione va fatta alla Direzione centrale per i servizi antidroga.

<sup>6</sup> Cfr. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5, 2019, 231 ss.

<sup>7</sup> Al riguardo, l'art. 50 della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 rubricato "Tecniche investigative speciali", al primo comma recita: «1. Per combattere efficacemente la corruzione, ciascuno Stato, nei limiti consentiti dai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico interno, e conformemente alle condizioni stabilite dal proprio diritto interno, adotta le

insito nella necessità di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che – nell'interpretazione della Corte Edu – è stata reiteratamente giudicata incompatibile con forme di vera e propria istigazione – nella ristretta accezione di determinazione alla commissione di un reato – per acquisire o far acquisire la prova del comportamento del colpevole.<sup>8</sup>

In particolare, la Corte di Strasburgo ha censurato l'indiscriminato ricorso a forme di istigazione ed induzione alla commissione di fatti penalmente illeciti da parte degli organi investigativi, individuando le differenze che intercorrono tra l'agente infiltrato e l'agente provocatore. Proprio perché spesso in passato le due figure sono state impropriamente sovrapposte, la Corte Edu ha tenuto a chiarire che per agente *infiltrato* deve intendersi il soggetto che, appartenendo alle forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di un'indagine preliminare ufficiale di cui le autorità sono al corrente, in presenza di plausibili sospetti a carico di un soggetto circa l'imminente commissione di un reato. Tale soggetto, dunque, nell'espletamento delle sue attività investigative, non si spinge a determinare attivamente condotte criminose altrui che, senza la sua azione, non avrebbero avuto luogo ma si limita ad un'opera passiva di osservazione e contenimento.

Diversa è la figura dell'agente provocatore che, all'interno o all'esterno di una missione ufficialmente autorizzata e documentata, pone in essere una condotta attiva di istigazione, induzione o ideazione o esecuzione di uno o più fatti penalmente illeciti, che senza il suo intervento non si sarebbero mai verificati nella realtà ontologica<sup>9</sup>.

Da queste prime battute, già si comprende che per acquisire e utilizzare ai fini della decisione tali prove, è essenziale che l'operato dell'agente *undercover* si ponga in perfetta sintonia con quanto previsto dalla legge e sia conforme ai principi (peraltro, ora piuttosto granitici) affermati in questi anni dalla corte di cassazione e da quella di Strasburgo in tema di operazioni sotto copertura. Una precisazione sul punto, appare comunque doverosa: anche

misure necessarie, con i propri mezzi, a consentire l'appropriato impiego da parte delle autorità competenti [...] di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le *operazioni sotto copertura*, entro il suo territorio, e a consentire l'ammissibilità in tribunale della prova così ottenuta». La norma segue, sul punto, le orme della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (art. 20), e relativi Protocolli, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001.

<sup>8</sup> Si veda MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5, 2019, 231 ss.

<sup>9</sup> L'istituto dell'agente provocatore non era certo sconosciuto nei secoli precedenti, tanto che vi è chi sostiene come questa figura fosse già ben presente nell'antichità (Esopo, III, favola V, "Aesopus et petulans") e possa persino essere fatta risalire sino alla "notte dei tempi" riportandola al momento della creazione del mondo stesso (cfr. Genesi, III, 1-7). In tal senso, CALIFANO, *L'agente provocatore*, Milano, 1964, 9. Altri sono giunti ad affermare che da quando esiste l'ordinamento giuridico penale nel mondo, si trova sempre la figura dell'agente provocatore, precisando però come, sino al tempo del diritto romano – in cui i giuristi iniziarono ad interrogarsi circa la punibilità del provocatore –, l'istituto ebbe una scarsa rilevanza; cfr. SALAMA, *L'agente provocatore*, Milano, 1965, 2.

se tali pronunce fanno riferimento ad attività investigative poste in essere per lo più nei procedimenti di traffico di stupefacenti, non vi è ragione di ritenere che i medesimi principi non debbano trovare piena attuazione anche nel settore della pubblica amministrazione.

Occorre cioè operare un bilanciamento di interessi: da un lato, provare a potenziare la capacità investigativa degli inquirenti sui quali grava il peso di costruire un solido compendio probatorio per ottenere la condanna dell'imputato, e dall'altro, assicurare che le condotte degli agenti sotto copertura si pongano in linea con i principi fondamentali del nostro ordinamento. Ciò è, peraltro, inevitabile in un sistema come il nostro in cui la finalità cognitiva e l'accertamento della responsabilità devono essere temperate alla garanzia dei diritti fondamentali del soggetto che subisce direttamente e personalmente la pretesa punitiva dello Stato<sup>10</sup>. A conferma di tale impostazione anche il fatto che la stessa Corte di Strasburgo sembra aver mutato la visione del diritto penale: da strumento finalizzato alla difesa della società, ma potenzialmente in grado di pregiudicare i diritti fondamentali dell'individuo destinatario della norma incriminatrice, a strumento attraverso il quale tutelare i diritti fondamentali dell'individuo.

### 3. Le operazioni sotto copertura nei procedimenti P.A.: le criticità.

Senza indugiare sull'opportunità politica dell'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel novero delle fattispecie per le quali il ricorso alle operazioni sotto copertura è legittimo<sup>11</sup>, una prima criticità sorge in ordine alla compatibilità ontologica e strutturale di tale strumento investigativo rispetto ai reati dei pubblici ufficiali.

Mentre le operazioni *undercover* sono certamente congeniali alle indagini aventi ad oggetto reati associativi, ove la funzione dell'agente infiltrato è quella di penetrare nei ranghi di un'organizzazione criminale preesistente, con l'obiettivo di individuare i concorrenti nel reato e raccogliere materiale probatorio utile alla loro imputazione, il tutto dall'interno del sodalizio, il discorso si prospetta in termini diversi per i fenomeni di corruzione inerenti ai pubblici uffici in quanto le suddette condizioni sembrano difficilmente verificabili, considerata la natura di reati nella quasi totalità dei casi connotati da una struttura bilaterale e dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono.

<sup>10</sup> VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2011, 244.

<sup>11</sup> In senso critico, si vedano G. GATTA (Audizione delle commissioni riunite affari costituzionali e giustizia della Camera dei deputati, 19 ottobre 2018); V. MANES (Audizione del 19 ottobre 2018); M. MASUCCI (Audizione del 19 ottobre 2018); A.N.C.I., *Osservazioni sul ddl recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici"* (documento depositato nell'audizione del 15 ottobre 2018), p. 5.

Al contempo, un impiego di tale strumento può certamente ipotizzarsi nelle attività di contrasto ai reati che presuppongono lo svolgimento delle condotte tipicamente strumentali a fenomeni corruttivi: dare, promettere, corrispondere, ricevere, accettare denaro o altre utilità. In alcuni casi si profila, invece, uno “scollamento” fra le condotte descritte nelle fattispecie incriminatrici su cui l’agente *undercover* può indagare e le azioni che gli sono permesse. Così, a titolo esemplificativo, nei casi in cui il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), per cui il ricorso alle operazioni sotto copertura è ammesso, si consumi con “violenza” o “minaccia”, “collusioni o altri mezzi fraudolenti”, attività non rientranti nel catalogo delle condotte scriminante. Tali limiti comportano una verosimile riduzione dell’ambito di operatività delle indagini *undercover* nella ricerca delle prove inerenti a reati contro la pubblica amministrazione, sì da far dubitare della effettiva utilità dell’ampliata possibilità di ricorso allo strumento investigativo.

Una seconda criticità concerne la veste che l’agente infiltrato assume nel procedimento penale relativo ai fatti rispetto ai quali è chiamato a rendere dichiarazioni.

Come facilmente intuibile, questi potrà assumere tanto la veste di testimone quanto quella di imputato (o coimputato), a seconda che egli abbia rispettato o meno i limiti imposti dalla legge. La questione è particolarmente delicata perché si riverbera, evidentemente, anche sul regime di ammissibilità delle suddette dichiarazioni e di utilizzabilità degli elementi probatori acquisiti. Ove le operazioni siano state svolte legittimamente e l’operato dell’agente sia ineccepibile, sarà senz’altro inapplicabile il disposto degli artt. 210 e 192, commi 3 e 4, c.p.p. In tal caso, l’agente assume, la veste di teste “semplice”, con una significativa peculiarità: l’agente *undercover* in forza del rinvio all’art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146 contenuto nell’art. 497, co. 2-*bis*, c.p.p. rende deposizione in forma anonima. Sebbene il dato normativo sia inequivoco, parte della dottrina ha manifestato delle perplessità sulla disciplina della testimonianza anonima dell’infiltrato a causa della sua genericità e vaghezza, criticando, in particolare, la mancata esplicitazione della sua natura eccezionale. Si ritiene, infatti, che essa dovrebbe essere disposta solo in casi strettamente necessari, valutati in concreto dal giudice procedente, rifuggendo da ogni tipo di presunzione<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Molteplici sono le pronunce della Corte europea in tema di garanzie del contraddittorio in rapporto alla concessione dell’anonimato. Cfr., Corte eur. dir. uomo 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi; Corte eur. dir. uomo 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi; Corte eur. dir. uomo 23 aprile 1997, Van Mechelen ed altri c. Paesi Bassi; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 14 febbraio 2002, Visser c. Paesi Bassi, in *Cass. pen.*, 2003, 1969 ss., con nota di S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 28 marzo 2002, Biritus c. Lituania; Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 22 novembre 2005, Taal c. Estonia; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 28 febbraio 2006, Krasniki c. Repubblica Ceca, in *Cass. pen.*, 2006, 3007 ss., con nota di A. BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del “diritto vivente” nel processo di integrazione giuridica europea.*

Laddove, invece, l'agente travalichi i limiti della *infiltrazione*, trasmodando nell'illegittima *provocazione*, ne consegue la inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., di tutti gli atti di indagine raccolti, nonché l'illiceità di quelle condotte tenute dall'agente che travalichino i limiti di quelle permesse dalla legge.

Muovendo da una ricostruzione della disciplina che si è delineata nell'ambito della giurisprudenza interna e di quella sovranazionale, è ormai pacifico che debba considerarsi in contrasto con i principi dell'equo processo (cd. *fair trial*) il procedimento penale relativo ad un reato che sia conseguenza della "provocazione" operata dalle forze di polizia, quando manchino elementi per ritenere che senza interventi esterni il delitto sarebbe stato ugualmente commesso<sup>13</sup>.

Più specificamente, per i giudici di legittimità, l'induzione e l'incitamento al reato determinano non solo la responsabilità penale dell'agente, ma l'inutilizzabilità della prova acquisita – anche in assenza di uno specifico divieto probatorio posto da norme processuali – per contrarietà ai principi del giusto processo e rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.<sup>14</sup> In tale prospettiva, al giudice è chiesto, da un lato, di valutare le modalità della condotta dell'agente infiltrato (se idonee a istigare l'imputato a commettere un reato che altrimenti non sarebbe stato realizzato) e, dall'altro, di saggiare l'autonomia ed incontrovertibilità degli ulteriori elementi di convincimento rilevanti per l'accertamento della penale responsabilità.

Del medesimo avviso, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>15</sup> la quale ha ritenuto compatibile con i principi della Convenzione solo l'operato dell'agente infiltrato e non anche l'operato dell'agente provocatore<sup>16</sup>. Secondo i giudici sovranazionali, infatti, l'agente provocatore che entri in contatto con soggetti la cui predisposizione al crimine non risulti da elementi oggettivi, proponendo la commissione di reati al solo scopo di procedere all'arresto,

---

<sup>13</sup> Per opportuni spunti di riflessione sulla condotta dell'agente provocatore si vedano Cass. Pen., Sez. III, n. 21922 del 2013; Cass. Pen., Sez. III, n. 26763 del 2008; C. Edu, 21 febbraio 2008, Pyrgyotakis c. Grecia.

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, Leka, in *Mass. Uff.*, n. 254174.

<sup>15</sup> C. Edu., 9 giugno 1998, Teixeira de Castro v. Portogallo, su cui si v. VALLINI, *Il caso "Teixeira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. Pen.*, 1999, 197 ss. In tale pronuncia, benché avente ad oggetto attività volte all'accertamento del traffico di stupefacenti, la Corte europea ha ritenuto contrastante con la clausola del "processo equo" (art. 6, par. 1, CEDU) la condanna di soggetti il cui intento criminoso, prima inesistente, sia sorto solo per il surrettizio atteggiamento induttivo di agenti delle forze dell'ordine; mentre, di contro, reputa legittima la prova raccolta nell'ambito di una attività di indagine ufficiale nei confronti di soggetti propensi a compiere il reato accertato.

<sup>16</sup> C. Edu., 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania. Del resto, è risaputo che la giurisprudenza della Corte Edu, propende spesso per un modello universale di procedura penale sensibile ed attenta ai diritti dell'imputato da importare in tutte le giurisdizioni nazionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa (in questa prospettiva, O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Dike, 2016, 3 ss.).

genera elementi di iniquità processuale. Il principio affermato è piuttosto chiaro: l'interesse pubblico alla repressione e alla prevenzione del crimine non può giustificare l'utilizzazione di materiale probatorio ottenuto in conseguenza di una provocazione al reato esercitata dalle forze di polizia, le quali possono unirsi ad una attività delittuosa già avviata ma non iniziarla o provocarla<sup>17</sup>. Diversamente ragionando, si esporrebbe l'imputato al rischio di essere definitivamente privato, sin dall'inizio, del suo sacrosanto diritto ad un "giusto processo".

In chiave di sintesi, quindi, la Corte europea riconosce ed avverte in pieno la necessità investigativa di operazioni speciali al fine di contrastare fenomeni criminali come la criminalità organizzata o la corruzione ma ritiene, allo stesso tempo, che il diritto ad una amministrazione "fair" della giustizia non possa mai essere pretermesso per ragioni utilitaristiche. Innanzitutto, il materiale probatorio ottenuto in conseguenza di una provocazione al reato esercitata dalle forze di polizia non è utilizzabile ed, in secondo luogo, gli agenti infiltrati possono unirsi ad una attività delittuosa già avviata ma non iniziarla o provocarla (investigazione essenzialmente passiva dell'attività criminale sospetta)<sup>18</sup>.

Una conclusione di questo tipo, oltre a porsi in perfetta sintonia con le pronunce delle nostre corti, trova pieno conforto anche nel principio secondo cui le prove acquisite con modalità lesive dei diritti fondamentali del cittadino sono inutilizzabili;<sup>19</sup> tra queste si collocano senz'altro quelle formatesi nell'ambito di operazioni sotto copertura che abbiano determinato la perpetrazione di un reato ad opera di un soggetto che altrimenti non se ne sarebbe reso autore. Sono invece fatti salvi i diritti fondamentali nella ipotesi in cui la responsabilità penale dell'imputato sia stata accertata sulla base di elementi di prova autonomi e diversi rispetto a quelli riconducibili all'attività di provocazione al reato.

Ulteriori aspetti importanti concernono le modalità di assunzione della deposizione dell'agente infiltrato. La giurisprudenza ha, innanzitutto, preci-

---

<sup>17</sup> Hanno aderito a tale principio, *ex multis*, C. Edu, 4 novembre 2010, Bannikova c. Russia; C. Edu, 24 giugno 2008, Miliniene c. Lituania.

<sup>18</sup> Non vi è dubbio sul fatto che è obbligo della polizia perseguire i reati già commessi e non quello di suscitare azioni criminose al fine di arrestarne gli autori.

<sup>19</sup> Che le indagini debbano essere poste in essere nel pieno rispetto delle regole e dei diritti individuali della persona, emerge da tante pronunce della Corte di Strasburgo. Per esempio, al di là dello specifico ambito delle attività sotto copertura, in occasione del caso Jalloh c. Germania, caratterizzato dalla circostanza che l'acquisizione di prove a carico dell'indagato era stata raggiunta dagli organi inquirenti tramite la somministrazione di un emetico atto a provocare il rigurgito di sostanze stupefacenti che si sospettava il soggetto avesse ingerito, i giudici europei hanno ritenuto la condotta tenuta dalle autorità "non giustificata" dallo scopo di ottenere prove di colpevolezza dell'indagato. Più precisamente, la Corte di Strasburgo ha tenuto a chiarire, da una parte, che le attività poste in essere non apparivano in linea con i principi di necessità e proporzionalità e, dall'altra, che esistevano altri strumenti investigativi per il raggiungimento di quello scopo (in tal senso, Corte Edu, 11 luglio 2006, Jolloh c. Germania, § 75 ss.).



sato che nel caso in cui l'agente non abbia assunto la qualità di persona indagata, è tenuto a rendere deposizione in ordine ai fatti appresi durante le operazioni sotto copertura, non essendo applicabile il limite previsto dall'art. 62 c.p.p., relativo al divieto di testimonianza circa le dichiarazioni rese dall'indagato o dall'imputato nel corso del procedimento, posto che tale divieto opera con riferimento alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria in quanto conosciuta dal dichiarante come tale e non anche ad indicazioni fornite prima ed al di fuori del procedimento penale; queste ultime possono formare oggetto di deposizione, inerente il fatto storico delle confidenze provenienti dal (futuro) indagato o imputato e possono essere liberamente valutate ed utilizzate dal giudice<sup>20</sup>.

Per quanto attiene alle possibili confidenze autoindizianti, è stato chiarito che alle dichiarazioni dell'agente provocatore non può trovare applicazione neanche il limite di utilizzabilità previsto dal capoverso dell'art. 63 c.p.p., poiché non si tratta di dichiarazioni rese nel corso di un esame o di assunzione di informazioni in senso proprio e tali dichiarazioni non costituiscono la rappresentazione di eventi già accaduti o la descrizione di una precedente condotta delittuosa, ma, inserendosi invece in un contesto commissivo, realizzano con esse la stessa condotta materiale del reato (nel caso dell'agente provocatore non punibile per legge)<sup>21</sup>.

Inapplicabile anche il divieto di testimonianza indiretta di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p., che risulta espressamente circoscritto alle dichiarazioni raccolte dalla polizia giudiziaria ai sensi degli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a), b) c.p.p.<sup>22</sup>. L'agente infiltrato, quindi, si trova nelle condizioni di poter riferire al giudice circa il contenuto delle confidenze informali raccolte nel corso delle operazioni, perché rispetto ad esse è intervenuto non in veste di ufficiale di polizia giudiziaria, con i poteri propri della sua funzione pubblica, compresi quelli sulla redazione degli atti, bensì come partecipante all'azione e, dunque,

---

<sup>20</sup> Cass. Pen., sez. IV, 30 novembre 2004, Meta, 2005/6702; Cass. Pen., Sez. IV, 4 ottobre 2004, Biancoli, 2004/46556; Cass. Pen., Sez. IV, 29 maggio 2001, Tomassini, 2001/33561.

<sup>21</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 16 marzo 2004, Benevento, 2004/37983.

<sup>22</sup> È il caso di ricordare che tale divieto posto a carico degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria ha per oggetto le dichiarazioni acquisite dai testimoni - da intendersi in senso non rigorosamente tecnico bensì alla stregua di persone informate sui fatti - con le modalità documentate in un verbale ex art. 351 (in tema di persone informate sui fatti, imputati in procedimento connesso o di reato collegato) e 357, comma 2, lett. a) e b), c.p.p. (verbali di denuncia, querela, istanza presentate oralmente, nonché sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini). La *ratio* del divieto è quella di evitare la vanificazione dell'esame del teste che, in fase di indagine, sia stato ascoltato dalla polizia giudiziaria, poiché l'eventuale deposizione di quest'ultima - sul contenuto di quanto percepito dal testimone - potrebbe prevalere sulla fonte di conoscenza diretta (in virtù della "presunzione di credibilità" del pubblico ufficiale che, si noti, svolge funzioni inquirenti nel medesimo procedimento). La deposizione è, inoltre, finalizzata ad evitare che il divieto di utilizzare atti (ripetibili) formati nel corso delle indagini preliminari venga aggirato tramite la deposizione della polizia giudiziaria sui fatti appresi dai testimoni.

come soggetto che ha acquisito una conoscenza sui fatti storici caduti sotto la sua diretta percezione<sup>23</sup>.

Particolarmente critica è anche la ipotesi di sequestro del corpo di reato o delle cose pertinenti al reato operato sulla base delle risultanze di un'attività sotto copertura di cui venga riconosciuto il superamento dei limiti imposti dalla legge. Un primo orientamento, emerso in materia di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti, ritiene tale sequestro come legittimo e utilizzabile come prova, in virtù del principio "*male captum bene retentum*", sicché l'antigiuridicità della ricerca non inciderebbe sulla liceità del sequestro. In senso opposto depone un filone giurisprudenziale emerso nell'ambito del contrasto alla pedopornografia, a tenore del quale l'eventuale sequestro probatorio del materiale pedopornografico è illegittimo in quanto non può fondarsi la sussistenza del *fumus delicti* su di un risultato investigativo inutilizzabile.

Ultima criticità, su cui si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità, attiene alla mera inosservanza da parte degli ufficiali incaricati della procedura prevista dalle singole normative speciali. Sul punto si è affermato che tale violazione può dar luogo ad una eventuale fonte di responsabilità disciplinare che non va ad incidere sulla loro capacità a rendere testimonianza<sup>24</sup>. È il caso, tanto per fare un esempio, della inosservanza dell'obbligo di immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, la quale appunto non influisce direttamente sull'operatività della causa di giustificazione speciale. Si tratta di un orientamento che desta qualche perplessità perché la prova che scaturisce dalle attività sotto copertura dovrebbe essere rispettosa di un *iter* procedurale che passa inderogabilmente per l'autorizzazione e la documentazione delle operazioni, incluso il rispetto di precisi obblighi informativi. Si intende, cioè, evitare che mediante questa metodica speciale di indagine possano perpetrarsi veri e propri abusi.

Ciò posto, non può non rilevarsi la inadeguatezza della disciplina che regola il rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nelle diverse fasi di attivazione, esecuzione e controllo dell'operazione. Da un lato, esiste un coordinamento e un controllo centralizzato di tutte le investigazioni sotto copertura ma, dall'altro, è anche vero che il comma 3 dell'art. 9 della legge n. 146 del 2006 si limita a richiedere che la loro esecuzione sia disposta dagli organismi di vertice delle singole forze di polizia, ovvero, su loro delega, dai

<sup>23</sup> Sui fatti appresi dall'agente è ammissibile la testimonianza. Così, Cass. Pen., Sez. VI, 5 dicembre 2006, Ani, 2006/41730. Stesso principio è stato affermato da Cass. Pen., Sez. III, 2 febbraio-10 marzo 2017, n. 11572, rv. 269175. Anche nel caso sottoposto alla Terza Sezione l'agente infiltrato non aveva neppure testimoniato su dichiarazioni direttamente resegli dall'imputato ma si era limitato a riferire su un mero fatto storico avvenuto sotto la sua diretta percezione, quale la circostanza di avere assistito ad alcune affermazioni dell'imputato relative a possibili futuri acquisti di droga.

<sup>24</sup> Si vedano Cass. Pen., 30 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, II, 836; Cass. Pen., 10 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2388, con nota di AMATO, *La definizione della posizione processuale dell'“agente provocatore”*: riflessi sulla capacità a rendere testimonianza, *ivi.*, 1996, 2392.

rispettivi responsabili di livello almeno provinciale ed il percorso da seguire resta ampiamente indefinito. La legge del 2006 impone agli organi di vertice della polizia almeno una comunicazione preventiva (e non successiva) al pubblico ministero circa la operazione disposta (comma 4) ed altresì un obbligo di informarlo senza ritardo circa le modalità e i soggetti che partecipano all'operazione e dei risultati della stessa. Diversamente da quanto richiesto in materia di pedopornografia dall'art. 14, comma 1, della l. n. 269 del 1998, l'inizio dell'investigazione speciale non è assoggettata alla "previa autorizzazione all'autorità giudiziaria". E, in un settore così delicato come quello della lotta alla corruzione, sarebbe stato forse opportuno riconoscere espressamente al magistrato inquirente la disponibilità e il pieno comando dell'operazione investigativa speciale sin dalla fase embrionale, così da evitare il rischio che siano gli organi di polizia, sotto il controllo del governo, a selezionare discrezionalmente i possibili bersagli<sup>25</sup>.

Non sembra difficile, peraltro, individuare le origini e le radici del problema; è sufficiente un passo indietro nel tempo e tornare al momento del varo del nostro codice di procedura penale, basta cioè andare a rivedere le scelte di fondo intraprese dal legislatore dell'88. Come noto, infatti, ad accompagnare la gestazione ed il parto del nuovo codice alcuni significativi *slogan* come "la prova si forma in dibattimento" o, ancora, "le indagini sono una fase che non conta e non pesa". Facendo forse eccessivo affidamento su tale principio e nella ferma (ma purtroppo errata) convinzione che il dibattimento sarebbe stato il luogo dove far valere il sistema di garanzie sovraordinate, si è finito per lasciare sguarnita da regole e garanzie la fase delle indagini preliminari.

---

<sup>25</sup> Pur in assenza di una disposizione che espressamente richieda una previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, si segnala tuttavia come la prassi oggi diffusa nel settore del terrorismo e del traffico di stupefacenti presenta soluzioni virtuose «coerenti con il sistema, nel senso che gli organi di polizia che svolgono le indagini propongono al pubblico ministero la speciale tecnica d'investigazione e, con il suo consenso, richiedono agli organi di vertice di disporre l'operazione», così regolamentando i rapporti tra polizia giudiziaria operante e pubblico ministero inquirente e inquadrando come atto meramente aggiuntivo l'autorizzazione degli organi di vertice della polizia giudiziaria.



# IL GIUDICE SUGGESTIVO. L'ESAME TESTIMONIALE CONDOTTO DAL GIUDICE IN UNA PROSPETTIVA TRA DIRITTO E LINGUAGGIO

Prime riflessioni a margine di Cass., Sez. IV,  
sentenza 6 febbraio 2020, n. 15331,  
Di Salvo Presidente - Dawan Relatore

Iacopo Benevieri

Cass., Sez. IV, sentenza 6 febbraio 2020 (dep. 19 maggio 2020), n. 15331

**Sommario:** **1.** Alcune considerazioni introduttive sulla sentenza. - **2.** Il *decisum* della Suprema Corte. - **3.** Le domande suggestive e le domande nocive del giudice: l'ambigua disciplina codicistica e il contrasto giurisprudenziale. - **4.** L'orientamento giurisprudenziale prevalente. - **5.** L'orientamento giurisprudenziale minoritario. - **6.** La sentenza in esame: elementi di continuità e di novità. - **7.** Le domande «*suggestive*»: un inquadramento linguistico. - **8.** Gli elementi linguistici «*suggestivi*» e «*nocivi*» individuati dalla Suprema Corte. - **9.** Considerazioni conclusive (e un caso americano).

## ABSTRACT

*La Corte di Cassazione ha annullato la sentenza con la quale la Corte d'Appello, in sede di giudizio di rinvio, aveva condannato l'imputato a seguito dell'esame della persona offesa per effetto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, evidenziando la natura suggestiva e nociva delle domande rivolte alla teste dal Giudice relatore. Le brevi osservazioni che seguono si soffermano sugli elementi di novità contenuti nella sentenza, alla luce sia dei principali orientamenti giurisprudenziali formati in tema di ammissibilità delle domande suggestive provenienti dal giudice, sia degli studi di linguistica forense, italiani e internazionali, condotti sul punto.*

*The Supreme Court nullified the sentence which the Court of Appeal, in second adjudication, had sentenced defendant following the hearing of the injured person, highlighting the suggestive nature and harmful of the questions addressed to the witness by the Judge. The short following observations focus on new elements in the sentence, in light of both the main jurisprudential guidelines formed about the admissibility of leading questions from judge, and the Italian and international forensic linguistics studies about the subject.*

## 1. Alcune considerazioni introduttive sulla sentenza.

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione torna a occuparsi di una questione controversa, oggetto di un lungo contrasto giurisprudenziale: se il divieto di formulare domande suggestive al testimone, previsto dall'art. 499 c. 3 c.p.p. in relazione alla sola parte in esame diretto, possa o meno essere esteso anche all'esame condotto dal giudice.

La rilevanza della sentenza risiede non tanto, e non solo, nel principio di diritto enucleabile, che rende la pronuncia un vero e proprio *revirement* rispetto all'orientamento prevalente, quanto nell'apparato motivazionale che, pur sovrapponibile a grandi linee alle ragioni giustificatrici già adottate nelle (pur esigue) pronunce precedenti conformi, offre comunque alcuni elementi di novità che meritano di essere esaminati.

Il contrasto giurisprudenziale sul tema, se da un lato ha la propria genesi nell'ambigua disciplina prevista da detta norma, dall'altro risulta continuamente alimentato da una carente riflessione giurisprudenziale circa gli aspetti più strettamente linguistici dell'intervento del giudice nelle dinamiche relative all'esame del testimone, tema questo oggetto di approfonditi studi in numerosi lavori italiani e internazionali di analisi linguistica.

Obiiettivo del presente contributo è pertanto quello di affrontare il *novum* della sentenza prendendo in esame non solo le riflessioni offerte da giurisprudenza e dalla dottrina sul tema, ma anche quelle elaborate dai linguisti, facendo altresì cenno a una interessante sentenza resa su una vicenda analoga da una Corte Suprema statunitense.

## 2. Il *decisum* della Suprema Corte.

La vicenda processuale aveva inizio con la sentenza pronunciata dal Tribunale di Genova con la quale l'imputato veniva condannato alla pena di anni due di reclusione per il reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. commesso nell'agosto 2009 e assolto, invece, dalla contestazione di cui all'art. 609-*bis* c.p. con riferimento all'anno 2010 nei confronti della medesima persona offesa, minore già quattordicenne. La Corte di appello di Genova, in accoglimento dell'impugnazione del pubblico ministero, dichiarava la penale responsabilità dell'imputato anche per il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p., consistito nel prendere la mano della minore e nel tenerla ferma sui propri genitali.

A seguito del ricorso dell'imputato la Terza Sezione della Suprema Corte annullava (una prima volta) la sentenza di appello, evidenziando come i giudici del gravame avrebbero dovuto «*procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei confronti della p.o., sulla cui deposizione si era incentrata la decisione dei primi giudici*» e come, a seguito di una analitica disamina dell'attendibilità della teste e del significato delle dichiarazioni da costei rese, avrebbero dovuto offrire «*una motivazione in grado di disarticolare il ragionamento assolutorio sui singoli punti ritenuti rilevanti ai fini della decisione*». La Corte di appello di Genova, decidendo in sede di rinvio, affer-

mava nuovamente la penale responsabilità dell'imputato anche in relazione al reato di cui all'art. 609-*bis* c.p.

L'imputato ricorreva anche avverso detta sentenza deducendo, tra l'altro, erronea applicazione della legge penale nonché mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, censurando come la Corte d'Appello, nel corso della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, avrebbe esaminato la persona offesa mediante domande *«palesamente suggestive, poste direttamente dal consigliere relatore alla teste, così minandone la credibilità»*.

Con la pronuncia in commento il Supremo Collegio, accogliendo il ricorso, ha annullato la menzionata sentenza con rinvio ad altra Sezione della Corte d'Appello di Genova per nuovo giudizio.

La Corte di Cassazione ha ritenuto infatti che le specifiche *«modalità di assunzione della testimonianza, condotta in prima battuta e in gran parte dal consigliere relatore, e il contenuto delle domande da questi rivolte alla persona offesa ne hanno gravemente pregiudicato l'attendibilità, di talché la motivazione fondata sulle dichiarazioni rese da costei appare radicalmente viziata sotto il profilo della tenuta logica della sentenza impugnata»*. Ad avviso della Corte le regole sancite dall'art. 499 c.p.p. e, specificamente, quelle relative al divieto di porre domande nocive (comma 2) e al divieto di formulare domande cd. *«suggestive»* (comma 3), devono applicarsi anche all'esame condotto direttamente dal giudice.

Con particolare riferimento alle domande *«suggestive»*, si legge nella sentenza, *«il divieto di formulare domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte, nel duplice senso delle domande “suggestive” – nel significato che il termine assume nel linguaggio giudiziario di domande che tendono a suggerire la risposta al teste ovvero forniscono le informazioni necessarie per rispondere secondo quanto desiderato dall'esaminatore, anche attraverso una semplice conferma – e delle domande “nocive” – finalizzate a manipolare il teste, fuorviandone la memoria, poiché gli forniscono informazioni errate e falsi presupposti tali da minare la stessa genuinità della risposta – è espressamente previsto con riferimento alla parte che ha chiesto la citazione del teste, in quanto tale parte è ritenuta dal legislatore interessata a suggerire al teste risposte utili per la sua difesa»*.

In sostanza se i divieti previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 499 c.p.p. regolano l'esame testimoniale condotto dalle parti, a maggior ragione questi devono *«applicarsi al giudice al quale spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 della medesima disposizione»*.

Nel caso di specie la conduzione dell'esame con le predette modalità irregolari ha riverberato i propri effetti sul *«piano epistemico»*, ciò in quanto in tal modo non è stata garantita la spontaneità delle risposte con conseguente giudizio di inattendibilità delle dichiarazioni testimoniali rese sul fatto oggetto del processo. La sentenza della Corte d'Appello dunque, fondando il convincimento di penale responsabilità su detta prova dichiarativa, risulta affetta da vizio di motivazione, in quanto *«non soddisfa il requisito della spe-*

*cifica confutazione delle argomentazioni poste dal giudice di primo grado a fondamento della diversa decisione».*

Orbene la sentenza della Suprema Corte, come abbiamo accennato, si inserisce nell'ambito di un irrisolto contrasto giurisprudenziale in merito all'applicabilità anche all'esame testimoniale condotto dal giudice dei divieti prescritti dai commi 2 e 3 dell'art. 499 c.p.p.

### 3. Le domande suggestive e le domande nocive del giudice: l'ambigua disciplina codicistica e il contrasto giurisprudenziale.

La disciplina codicistica è nota: le domande «*nocive*», definite dall'art. 499 c. 2 come quelle che «*possono nuocere alla sincerità delle risposte*», sono incondizionatamente vietate, mentre quelle «*suggestive*», definite dal successivo comma 3 come quelle che «*tendono a suggerire le risposte*», sono vietate «*nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune*», vale a dire solo nell'esame diretto.

Altrettanto nota è la ratio sottesa, da tempo indicata dalla Corte di legittimità nella necessità di «*garantire la genuinità e l'efficacia delle risposte*», sottraendo queste al rischio di «*manipolazioni indotte dall'interrogante*»<sup>1</sup>.

È stato correttamente osservato come la formulazione della norma risulti poco chiara in quanto una interpretazione letterale della stessa porterebbe a ritenere vietate dalla legge le domande suggestive, in quanto astrattamente idonee a nuocere alla sincerità della risposta<sup>2</sup>.

La dottrina ha pertanto optato per una interpretazione restrittiva del secondo comma dell'art. 499 c.p.p., per effetto della quale nocive sarebbero solo quelle domande che impediscono al testimone di dire ciò che intende dire, ossia di esprimere fedelmente il proprio pensiero genuino<sup>3</sup>.

Tale posizione trova peraltro conferma nella circostanza, ormai pacificamente affermata da linguisti e semiologi, per cui «*l'atto di parola*» (cd.

<sup>1</sup> Cass., pen. Sez. III, 4.3.2010, n. 16854; cfr., altresì, Cass., pen. Sez. III, 22.10.2014, n. 4672; Cass., pen. Sez. I, 16.5.2013, n. 13387; Cass., pen. Sez. I, 14.7.2005, n. 39996; Cass., pen. Sez. II, 8.7.2002, n. 35445, nonché Cass., pen. Sez. III, 11.2.2015, n. 12027 ove si afferma: «*La necessità di applicazione di procedure corrette nell'assunzione della prova testimoniale è, di talché, strettamente correlata al risultato per il perseguimento di una testimonianza genuina, dotata di affidabilità e scevra dal rischio di manipolazioni indotte, magari in buona fede, da parte dell'intervistatore che si lascia andare a domande suggestive, inducenti o, peggio ancora, nocive*».

<sup>2</sup> FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in AA. Vv. *La prova penale*, FERRUA-MARZADURI-SPANGHER (a cura di), Giappichelli, 2013, 51.

<sup>3</sup> SPACCASASSI, *Considerazioni in tema di esame testimoniale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1991, 496; GIANZI, *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc dir., agg. III*, 1999, 592; FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, cit., 51; sull'inammissibilità delle domande che lusingano il testimone, cfr. FRIGO, *Sub art. 499*, in AA.Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, CHIAVARIO (a cura di), Vol. V, Utet, 1991, 263; in tema di domande che sollecitano l'emotività del testimone o agiscono sulle fragilità caratteriali o insicurezze culturali, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, in AA. Vv., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 210, 120.



«*speech act*») presuppone che il flusso comunicativo nel quale si inserisce sia effettivo, consenta cioè al parlante di trasferire consapevolmente l'informazione in modo aderente alla propria intenzione, confidando sul fatto che l'interlocutore la riceva e al contempo riconosca tale intenzione di trasmetterla<sup>4</sup>.

Con le domande nocive si compromette dunque la effettività della relazione comunicativa in quanto viene pregiudicata la libertà di autodeterminazione del dichiarante. È stato pertanto precisato come possano rientrare in questa categoria le domande formulate con il ricorso a espressioni equivoche o ambigue, tali da indurre il testimone in errore; quelle formulate con un lessico non facilmente comprensibile, quelle maliziose e suadenti<sup>5</sup>; quelle tendenziose<sup>6</sup> e ovviamente quelle subornanti, intimidatorie, ostili o subdolamente minacciose<sup>7</sup>.

Le domande suggestive sono invece quelle che in vario modo inducono il teste a fornire la risposta che nella stessa domanda gli viene suggerita ma, a differenza di quelle nocive, non impediscono al testimone di esprimere liberamente il proprio pensiero e non pregiudicano la sua libertà di autodeterminazione<sup>8</sup>.

Tentare di cogliere con un certo grado di oggettività la componente suggestiva in una domanda è impresa certamente ardua. La complessità dell'atto comunicativo è tale che la idoneità condizionante della domanda può risiedere nel lessico scelto, nella struttura sintattica dell'enunciato, nel ricorso a particolari elementi paralinguistici quali, per esempio, il tono, il ritmo, le pause, i silenzi.

Nel tentativo di ipostatizzare una definizione così sfuggente, è stato pacificamente ritenuto come rientrino nella categoria delle domande suggestive quelle che contengono esplicitamente la risposta, la quale viene fornita dal testimone mediante una passiva adesione al contenuto informativo veicolato nella domanda (per es.: «*Quando lui è entrato lo avete visto in volto?*»).

Vi rientrano anche quelle che consentono di polarizzare la risposta nella secca alternativa «*sì*»/«*no*» o in formule simili (come per esempio «*confermo*»/«*non confermo*»). Tali domande, infatti, consistono nella mera

---

<sup>4</sup> GRICE, *Logica e conversazione*, Il Mulino, 1993, 58; PRIETO, *Saggi di semiotica*, II, *Sull'arte e sul soggetto*, Pratiche, 1991, 104.

<sup>5</sup> BARGIS, *Note in tema di esame testimoniale*, in BARGIS, *Studi di diritto processuale penale - Questioni europee e "ricadute" italiane*, Giappichelli, 2007, 262.

<sup>6</sup> LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Giuffrè, VI, 2008, 103 ss.

<sup>7</sup> GRILLI, *Il dibattimento penale*, Cedam, 2003, 257 ss.; TRIBISONNA, *nota a Cassazione, pen. Sez. III, 24.2.2012, n. 7373*, in *Diritto penale e processo*, n. 12, 2012, 10, con ampi riferimenti dottrinali.

<sup>8</sup> STONE, *La cross-examination*, 1988, AMODIO (a cura di), Giuffrè, 1990, 129s., 172 e segg.; si veda tra gli altri, FERRUA, *op. cit.*, 52; DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale italiano*, Cedam, 2000, 188; NAPPI, *Guida alla procedura penale*, Giuffrè, 2004, 513; SILVESTRI, *Il diritto al controesame nella prova testimoniale*, in *CP*, 2009, 1564.

richiesta al testimone di ratifica dell'informazione già in esse contenuta, informazione che esercita funzione suggestiva<sup>9</sup>.

Relativamente alle domande che presuppongono l'esistenza di un fatto ancora da accertare (cd. «*domande implicative*»), secondo alcuni rientrerebbero nella categoria delle domande nocive<sup>10</sup>, per altri in quella delle domande suggestive<sup>11</sup>, mentre per altri ancora tali domande si collocherebbero tra quelle potenzialmente lesive della lealtà dell'esame e del requisito della specificità<sup>12</sup>.

Per taluni Autori rientrano nelle domande suggestive le cd. «*domande trabocchetto*», una sottospecie delle domande implicative, poiché presuppongono l'esistenza di un fatto scientemente falso e consentono così di rilevare se l'interrogato smentisce il presupposto contenuto nella domanda ovvero vi aderisce, con conseguente verifica della sua credibilità<sup>13</sup>, mentre per altri Autori tali domande rientrerebbero tra quelle nocive e pertanto vietate anche in sede di controesame<sup>14</sup>.

È noto come la disposizione dell'art. 499 c. 3 c.p.p. preveda che le domande suggestive possano essere formulate solo in sede di controesame. La ratio sottesa a tale scelta deve essere ravvisata nella simmetria tra il potenziale effetto di tali domande e la funzione del controesame, momento processuale in cui la parte può mettere alla prova la credibilità di un teste indirizzandolo verso una risposta e, in tal modo, rilevando l'eventuale menzogna<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> In una interessante sentenza la Suprema Corte ha ritenuto come, in sede di rinnovazione del dibattimento, l'esame del testimone condotto dal Tribunale in diversa composizione tramite la richiesta di mera conferma delle dichiarazioni precedentemente rese dallo stesso nella medesima sede dibattimentale non possa ritenersi «*conforme alle regole che disciplinano la prova stessa, perché non si articola con domande su fatti specifici (art. 499, comma 1, cod. proc. pen.), tende a suggerire la risposta (art. 499, commi 1 e 2)*», ciò nondimeno tale irritualità non dà luogo a inutilizzabilità né a nullità (Cass., pen. Sez. III, 3.10.2017, n. 52435; conf., Cass., pen. Sez. II, 8.7.2002, n. 35445).

<sup>10</sup> MANZIONE, *Le nuove «regole» per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *CP*, 1991, 1481.

<sup>11</sup> COLAMUSSI, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale*, in *CP*, 1993, 1799.

<sup>12</sup> In tal senso, SPACCASASSI, *op. cit.*, 495.

<sup>13</sup> FERRUA, *op. cit.*, 52; BOVIO, *Immagini e deontologie della cross-examination*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1992, 161; FRIGO, *op. cit.*, 254; STONE, *op. cit.*, 172; DE CATALDO NEUBURGER, *op. cit.*, 192.

<sup>14</sup> MANZIONE, *op. cit.*, 1482; ALGERI, *Esame e controesame nel processo penale: aspetti psicologici*, in *AA.VV., Verso uno statuto del testimone nel processo penale. Atti del Convegno (Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003)*, Giuffrè, 2005, 235; RIZZO, *Esame e controesame*, in *DDP pen*, III agg., 2005, 437; CAROFIGLIO, *Il controesame. Dalle prassi operative al modello teorico*, Giuffrè, 1997, 102.

<sup>15</sup> COLAMUSSI, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale*, *CP*, 1993, 1798; PAULESU, *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Giappichelli, 2002, 208; FERRUA, *op. cit.*, 145; AMODIO, *Disciplina processuale e poteri del giudice nel dibattimento*, in *Tecnica dell'esame delle parti e dei testimoni nel dibattimento - Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 49, 1991; DE CATALDO NEUBURGER, *op. cit.*, 246. In merito alla complessiva utilità delle domande suggestive si veda Cass., pen. Sez. I, 29.4.2010, Ben Mansour, in *CP*, 2011, 3935, laddove si afferma: «È viziata da illogicità manifesta della motivazione la sentenza che, nella valutazione dell'atten-

La disciplina codicistica tuttavia non prevede alcunché in merito alla estensione o meno al giudice del divieto di porre domande suggestive.

Come correttamente osservato da qualcuno, l'art. 499 c. 3 c.p.p., nel prevedere unicamente il divieto di formulare domande suggestive «*nel corso dell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune*», ha lasciato ampie manovre interpretative, anche antitetiche, da parte della Cassazione<sup>16</sup>.

Infatti, qualora dovessimo ritenere che il divieto di domande suggestive nell'esame diretto costituisca una eccezione al generale principio di ammissibilità delle domande suggestive, allora dovremmo concludere per la loro legittimità non solo nel controesame, come espressamente previsto dal codice, ma anche nell'esame condotto dal giudice e, ovviamente, anche nell'indagine preliminare e nell'investigazione difensiva<sup>17</sup>.

Qualora, al contrario, si dovesse ritenere che il principio generale è quello di tutelare il teste da ogni condizionamento e che il divieto di domande suggestive in esame diretto è una mera specificazione di tale principio, allora dovremmo concludere che tale divieto possa essere esteso anche al giudice oltre che alla fase del controesame.

Davanti all'incerto tenore dell'art. 499 c.p.p. la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla estensibilità anche al giudice della regola ivi prevista al comma 3, ha sempre oscillato tra due estremi: quello prevalente, per il quale il divieto di domande suggestive è limitato alla sola parte processuale in sede di esame diretto, e quello minoritario per il quale tale divieto deve essere esteso anche all'esame condotto dal giudice.

#### 4. L'orientamento giurisprudenziale prevalente.

L'orientamento prevalente, di segno contrario a quello seguito nella sentenza in commento, è sempre stato univoco nel ritenere consentito al giudice rivolgere domande suggestive al testimone<sup>18</sup>.

*dibilità delle dichiarazioni accusatorie rese da un collaboratore di giustizia, deprima il significato probatorio negativo dalle incoerenze e contraddizioni tra il dichiarato e le risultanze processuali di prova generica, attribuendo valenza negativa al carattere suggestivo delle domande poste dalla difesa dell'imputato nel corso del controesame»; si veda altresì Cassazione, pen. Sez. I, 9.7.2019, 45903, a tenore della quale «chi conduce il controesame [...] deve [...] saggiare l'attendibilità del teste anche con domande provocatorie e suggestive».*

<sup>16</sup> FERRUA, *op. cit.*, 147.

<sup>17</sup> Si registra tuttavia l'indirizzo contrario della Cassazione, per la quale il divieto di domande suggestive non vige in relazione alla fase delle indagini preliminari, cfr., tra tante, Cass., pen. Sez. III, 29.10.2008, n. 43837.

<sup>18</sup> Si tratta di casi per lo più relativi a reati di violenza sessuale per i quali spesso - ma non sempre - il teste esaminato era un minorenne (cfr. Cass., pen. Sez. III, 12.12.2007, n. 4721 in CP, 2009, 1555, con nota di SILVESTRI; Cass., pen. Sez. III, 13.2.2008, n. 13981; Cass., pen. Sez. III, 20.5.2008, n. 27068; Cass., pen. Sez. III, 28.10.2009, n.9157; Cass., pen. Sez. V, 13.6.2018, n. 27159).

L'orientamento in parola interpreta l'art. 499 c. 3 c.p.p. come eccezionale divieto di domande suggestive, in realtà generalmente consentite, solo in presenza di un rapporto di presunta empatia processuale con l'interrogato, come avviene nell'esame diretto.

In particolare questo orientamento muove dalla premessa che il divieto di rivolgere le domande suggestive nell'esame diretto abbia carattere eccezionale e riposi sul rapporto di prossimità che si presume sussista tra il testimone e la parte che lo ha citato, con la conseguenza che il giudice, soggetto imparziale, non essendo legato ad alcun rapporto con il testimone, ben possa formulare anche domande suggestive<sup>19</sup>.

Il riconoscimento della facoltà per il giudice di formulare anche domande suggestive è pertanto connesso alla specifica funzione riconosciutagli nell'ambito del processo, quella cioè di soggetto «*tenuto alla ricerca della verità sostanziale*», alla cui attuazione risultano del tutto estranei interessi e scopi personali che, invece, giustificano il divieto per la parte processuale in sede di esame diretto<sup>20</sup>.

Tale assunto è stato ribadito anche recentemente dalla Suprema Corte, la quale ha affermato che «*il divieto di porre domande suggestive nell'esame testimoniale non opera con riguardo al giudice, il quale, agendo in una ottica di terzietà, può rivolgere al testimone tutte le domande ritenute utili a fornire un contributo per l'accertamento della verità, ad esclusione di quelle nocive*»<sup>21</sup>.

Appare doveroso segnalare come la Cassazione abbia comunque ritenuto sussistente l'onere per la parte di sollevare tempestivamente la eccezione relativa alla ritenuta irregolarità della domanda formulata dal giudice, pena la decadenza dal diritto di censurare tale circostanza nei successivi gradi di giudizio<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. Cass., pen. Sez. III, 28.10.2009, n. 9157: «*il divieto di porre al testimone domande suggestive non opera né per il giudice né per l'ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell'esame testimoniale*»; conf., Cass., pen. Sez. III, 20.5.2008 n. 27068; Cass., pen. Sez. III, 12.12.2007 n. 4721; Cass., pen. Sez. III, 13.2.2008, n. 13981; Cass., pen. Sez. III, 20.5.2008, n. 27068; Cass., pen. Sez. III, 28.10.2009, n. 9157.

<sup>20</sup> Cfr., tra le altre, Cass., pen. Sez. III, 28.10.2009 n. 9157, a tenore della quale «*Il divieto non vale, dunque, per il giudice, tenuto alla ricerca della verità sostanziale, e neppure per l'ausiliario*».

<sup>21</sup> Cass., pen. Sez. II, 10.12.2019, n. 2917; cfr., altresì, Cass., pen. Sez. I, 17.9.2014, n.44223; Cass., pen. Sez. I, 9.7.2019, n. 45903; Cass., pen. Sez. V, 11.7.2019, n. 37193; Cass., pen. Sez. V, 16.7.2019, n. 49123.

<sup>22</sup> Cass., pen. Sez. V, 13.2.2020, n. 12920: «*la giurisprudenza ha costantemente affermato il principio secondo cui ogni eventuale eccezione avente ad oggetto doglianze in ordine alla conduzione dell'istruttoria dibattimentale da parte del giudice deve essere immediatamente contestata dalle parti e la decisione o mancata decisione sull'incidente può assumere rilevanza nel giudizio di impugnazione solo in quanto abbia comportato la lesione dei diritti delle parti o viziato la decisione (Sez. 4, n. 1022 del 10/12/2015, dep. 2016, Vitale, Rv. 265737; Sez. 6, n. 909 del 18/11/1999, dep. 2000, Spera, Rv. 216626). È evidente che, senza una specifica indicazione dei temi su cui la lamentata, scorretta conduzione dell'udienza aveva inciso e delle ripercussioni che ciò aveva avuto sulla sentenza impugnata, il vaglio della Corte di cassazione è impossibile*»; conformi: Cass.,

## 5. L'orientamento giurisprudenziale minoritario.

La sentenza in esame si colloca nell'ambito dell'orientamento minoritario, per il quale il divieto di domande suggestive previsto dall'art. 499 c. 3 c.p.p. costituirebbe espressione di un principio generale, estensibile a tutti i soggetti e quindi anche al giudice, volto a impedire ogni domanda che possa compromettere la genuinità delle risposte.

È noto come molte vicende processuali nelle quali sono state pronunciate le sentenze in materia abbiano visto coinvolti minori, con la conseguenza che il divieto per il giudice di porre domande suggestive spesso è stato giustificato alla luce della specifica disciplina prevista dall'art. 498 c. 4 c.p.p.

L'apparato motivazionale pertanto è stato spesso calibrato sulle particolari esigenze di tutela processuale accordate al minore, il cui esame viene condotto direttamente dal Giudice e quindi, in assenza di una specifica fase di controesame, il divieto di domande suggestive risulta esteso a tutti i soggetti in considerazione della particolare vulnerabilità del minore<sup>23</sup>.

In tali sentenze si fa comunque riferimento, in modo più o meno approfondito, alla circostanza che la norma dell'art. 499 c.p.p. detta «*regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta*»<sup>24</sup>, regole alle quali non può sottrarsi neppure il giudice quando procede all'esame diretto.

In una nota sentenza resa nel 2012 la Suprema Corte aveva sottolineato infatti come la stessa rubrica dell'art. 499 c.p.p., che recita «*regole per l'esame del testimone*», contenesse i criteri comuni cui il giudice deve attenersi

pen. Sez. I, 17.9.2014, n. 44223 e, da ultimo, Cass., pen., Sez. V, 16.7.2019, n. 49123, la quale limita espressamente la proponibilità dell'eccezione solo con riferimento alle domande nocive da parte del giudice e afferma: «*Il divieto di porre domande suggestive nell'esame testimoniale non opera con riguardo al giudice, il quale, agendo in un'ottica di terzietà, può rivolgere al testimone tutte le domande ritenute utili a fornire un contributo per l'accertamento della verità (Sez. 3, n. 21627 del 15/04/2015, E., Rv. 263790, Rv. 240261; n. 44223 del 2014, Rv. 260899) ad esclusione di quelle nocive, in relazione alle quali la relativa eccezione deve essere proposta nel corso dell'acquisizione dell'atto istruttorio e non può essere sollevata per la prima volta con l'atto d'impugnazione (Sez. 1, n.44223 del 17/09/2014, Iozza, Rv. 260899, n. 22204 del 2005, Rv. 232385; n. 47084 del 2008, Rv. 242255-01, 13791 del 2011, Rv. 249890)*».

<sup>23</sup> In tal senso, Cass., pen. Sez. III, 18.1.2012, n. 7373; Cass., pen. Sez. III, 13.5.2010, n. 24248; Cass., pen. Sez. VI, 14.4.2020 n. 12068; cfr. anche Cass., pen. Sez. III, 11.5.2011, n. 25712, in CP, vol. 52, n. 2, 2012, 589-596, con nota di PUSSINI: «*La contraria tesi (pur sostenuta da qualche isolata sentenza di questa Corte; sez. 3 n 9157/2009, 27068/2008) non tiene conto del testo normativo dell'art. 498 c.p.p., comma 4 e conduce alla assurda conclusione che le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno là dove, per la fragilità e suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie*». Si ricorda che la sempre maggior attenzione dedicata dalla giurisprudenza al divieto di domande suggestive nei confronti del minore è stata sollecitata dalla riflessione interdisciplinare svoltasi in occasione di un convegno, tenutosi a Noto il 6-9 giugno 1996 sul tema «*L'abuso sessuale sui minori e processo penale*» e alle linee guida previste nel relativo documento finale, cd. Carta di Noto, nella quale, al punto 8, si prescrive che «*Nel proporre domande occorre evitare che esse lascino trapelare aspettative dell'interrogante o che diano per scontati fatti che sono oggetto di indagine*».

<sup>24</sup> Cass., pen. Sez. III, 11.5.2011, n. 25712.

nell'ammettere o nel vietare le domande delle parti, criteri certamente validi anche per quelle formulate dallo stesso giudice<sup>25</sup>. Sempre in detta sentenza si legge come, pur essendo il divieto di formulare domande suggestive previsto al comma 3 solo «con riferimento alla parte che ha chiesto la citazione del teste, in quanto tale parte è ritenuta dal legislatore interessata a suggerire al teste risposte utili per la sua difesa», tuttavia esso «deve applicarsi comunque a tutti i soggetti che intervengono nell'esame testimoniale, operando ai sensi del comma 2 dell'art. 499 c.p.p. per tutti il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e dovendo anche dal giudice o dal suo ausiliario essere assicurata in ogni caso la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 del medesimo articolo».

In sostanza l'estensione del divieto parrebbe giustificata dall'inquadramento sistematico delle domande suggestive: esse costituirebbero una *species* del più ampio *genus* delle domande «che possono nuocere alla sincerità delle risposte» ma, a differenza di queste, non ricadrebbero in un divieto assoluto bensì relativo, in quanto eccezionalmente ammesse solo se formulate in sede di controesame.

## 6. La sentenza in esame: elementi di continuità e di novità.

Esigue appaiono dunque le pronunce nelle quali lo sforzo ermeneutico sull'applicabilità o meno al giudice del divieto di domande suggestive si sia spinto oltre la specificità della disciplina che riguarda l'esame del minore (498 c. 4 c.p.p.).

Ebbene, la sentenza in commento affronta proprio questo sforzo, nel tentativo di rinvenire nell'estensione al giudice di tale divieto il corollario di un principio generale, così da applicarlo anche all'esame «ordinario» previsto dall'art. 499 c.p.p.

Similmente ai precedenti conformi, anche in questa sentenza la Suprema Corte rileva come già la rubrica dell'art. 499 c.p.p. sancisca che i criteri ivi previsti debbano considerarsi generali, cui lo stesso giudice è sottoposto nel formulare domande.

Analogamente ai precedenti conformi, anche in questa pronuncia la Suprema Corte colloca le domande suggestive nel più ampio *genus* delle domande «che possono nuocere alla sincerità delle risposte», riconoscendo solo alle prime una eccezionale ammissibilità in sede di controesame<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Cass., pen., Sez. III, 18.1.2012, n. 7373.

<sup>26</sup> «Il divieto di formulare domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte, nel duplice senso delle domande "suggestive" - nel significato che il termine assume nel linguaggio giudiziario di domande che tendono a suggerire la risposta al teste ovvero forniscono le informazioni necessarie per rispondere secondo quanto desiderato dall'esaminatore, anche attraverso una semplice conferma - e delle domande "nocive" - finalizzate a manipolare il teste, fuorviandone la memoria, poiché gli forniscono informazioni errate e falsi presupposti tali da minare la stessa genuinità della risposta - è espressamente previsto con riferimento alla parte che ha chiesto la

In sostanza «*il divieto di formulare domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte*», nel duplice senso di domande nocive e di domande suggestive, conclude la Corte, poiché si applica a tutte le parti processuali, con la sola eccezione di quanto previsto nel comma 3, a maggior ragione deve estendersi «*al giudice al quale spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 della medesima disposizione*».

Se numerosi dunque sono i punti di contatto della sentenza in esame con le pronunce conformi precedenti, non devono sfuggire alcuni elementi di considerevole novità.

Nella parte iniziale della motivazione, innanzitutto, la Corte avverte la necessità di premettere come il legislatore del 1988 abbia disciplinato l'esame dei testimoni secondo il modello tipico del «*processo di parti*», le quali procedono direttamente alla *cross-examination* del testimone «*senza il filtro del giudice*», che può rivolgere domande «*solo dopo l'esame e il controesame*».

Nelle premesse la Corte sottolinea inoltre come l'esame del giudice non solo debba intervenire in un momento successivo a quello delle parti, ma debba altresì essere condotto unicamente «*con finalità chiarificatrice dei fatti oggetto del processo e in funzione surrogatoria rispetto alle parti*» laddove «*non sia stato possibile ottenere i necessari chiarimenti mediante le domande che hanno posto le parti*».

Secondo questa impostazione, quindi, il giudice è legittimato a formulare direttamente le domande al testimone, non già in quanto soggetto per statuto «*tenuto alla ricerca della verità sostanziale*», bensì unicamente per perseguire una finalità «*chiarificatrice dei fatti oggetto del processo*», finalità che si pone peraltro «*in funzione surrogatoria rispetto alle parti*», laddove cioè l'esame incrociato condotto a opera delle stesse non abbia consentito di «*ottenere i necessari chiarimenti*».

In questa sentenza, dunque, la Corte sembrerebbe aver adottato un orizzonte culturale del tutto antitetico rispetto a quello nel quale si è formato l'orientamento giurisprudenziale prevalente: in quest'ultimo, infatti, l'attribuzione al giudice del ruolo di soggetto deputato alla ricerca della verità oggettiva, storica e sostanziale, anziché di quella probabile, relativa e processuale, ha di fatto consentito di ritenere il giudicante libero nel perseguimento di tale missione, consentendogli una sostanziale discrezionalità operativa, a tratti incontrollata, nel condurre l'esame, sicché persino la formulazione di domande fortemente suggestive costituirebbe *instrumentum veritatis*<sup>27</sup>.

---

*citazione del teste, in quanto tale parte è ritenuta dal legislatore interessata a suggerire al teste risposte utili per la sua difesa*».

<sup>27</sup> Si ricordi FERRAJOLI, *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2002, 17: «*le dottrine sostanzialistiche del diritto penale hanno sempre avuto la pretesa di contrapporre, al modello penale strettamente legalistico e convenzionale, una fondazione razionale e cognitiva di tipo metagiuridico e oggettivo [...] con il risultato [...] di consentire il più incontrollato soggettivismo*».

Un'altra importante novità ravvisabile nella sentenza in esame è costituita dalla particolare scelta espositiva seguita dalla Suprema Corte, la quale ha proceduto a un'approfondita critica del *modus interrogandi* della Corte d'Appello mediante la trascrizione delle domande formulate e la indicazione degli elementi di nocività e di suggestività presenti in ciascuna di esse, metodologia che ricorda molto il criterio assai pratico dei *case reports* in uso nei paesi di *common law*.

Dalla lettura di tale elenco emerge altresì come la Corte abbia rilevato la natura nociva o suggestiva non solo in quelle domande che, per dottrina e giurisprudenza pacifiche, sono tradizionalmente definite come tali<sup>28</sup>, ma anche in quelle il cui effetto «manipolativo» sia rilevabile prevalentemente da alcuni elementi non solo testuali ma soprattutto di tipo interrelazionale. Tale approccio lascia scorgere un approfondimento linguistico da parte della Corte di legittimità certamente insolito e senz'altro da apprezzare.

Appare doveroso pertanto cogliere l'occasione per accennare alle riflessioni che in tema di domande suggestive (cd. «*leading questions*») ci hanno consegnato gli studi di linguistica forense, il cui eco pare cogliersi anche nella sentenza in commento.

## 7. Le domande «suggestive»: un inquadramento linguistico.

Abbiamo già segnalato il complesso problema connesso alla individuazione di criteri oggettivi nella rilevazione dei tratti di suggestività di una domanda.

Studi di psicologia forense hanno definito la «suggestionabilità» come la caratteristica di un individuo di accettare e successivamente incorporare informazioni post evento nella traccia mnemonica originaria, la quale viene sostituita da quelle oppure ci coesiste, con la conseguenza che il soggetto può essere indotto a scegliere di riportare l'informazione acquisita posteriormente<sup>29</sup>.

È noto come la suggestione derivi da una complessità di fattori non solo linguistici ma, prima di tutto, di tipo interrelazionale e comunicativo, cioè profondamente connessi alla dimensione sociale personale della relazione comunicativa instaurata tra gli interlocutori, nonché al contesto nel quale essa ha luogo<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Per esempio quelle che polarizzano la risposta sull'alternativa «sì»/«no», oppure quelle che vengono definite domande «*trabocchetto*».

<sup>29</sup> GUDJONSSON-NOEL, *Suggestibility in police interrogation: A social psychological model*, in *Social Behaviour*, I, 1986, 83-104; cfr., altresì, GUDJONSSON, *The Gudjonsson Suggestibility Scales Manual*, Psychology Press Publishers, 1997; HEATON-ARMSTRONG-SHEPHERD-WOLCHOVER, *Analysing witness testimony: a guide for legal practitioners and other professionals*, Blackstone Press Ltd., 1990, 49.

<sup>30</sup> Per un'ampia rassegna degli studi sui contesti sociali «suggestivi», cfr. JAHODA, *Some Historical and Cultural Aspects of Suggestion*, in AA. VV., *Suggestion and Suggestibility - Theory and Research*, Springer, 1989, 255-261.



In particolare è stato evidenziato come più il ruolo sociale dell'intervistatore è percepito come elevato e autorevole, maggiore è la tendenza dell'interlocutore a compiacere, mettendo in atto, più o meno consapevolmente, la replica di quel meccanismo adesivo attuato dal minore nei confronti del genitore/figura di riferimento<sup>31</sup>.

È altrettanto noto come la complessità dell'atto comunicativo sia tale da non poter essere analizzata come se fosse una mera stringa verbale. Nell'articolata e speziata natura di un enunciato, gli elementi di suggestione possono risiedere nel lessico scelto, nella struttura sintattica, nel ricorso a particolari elementi paralinguistici quali, solo per citarne alcuni, il tono, il ritmo, le pause, i silenzi.

D'altronde il parlato ha caratteristiche che devono essere «valutate e studiate all'interno di una prospettiva più ampia, nella quale occupano spazi importanti la pragmatica, la multimodalità, il gioco delle inferenze, i rinvii al contesto e al cotesto, i ruoli dei locutori, le modalità degli scambi»<sup>32</sup>.

Avvicinandoci all'aula di udienza, in essa l'esame e il controesame si presentano come eventi linguistici precisi, ritualizzati, approfonditamente studiati dagli analisti del linguaggio<sup>33</sup>.

In particolare è stato evidenziato come nel corso della comunicazione che avviene nell'aula penale il giudice assuma il ruolo di «regista» dell'interazione, mentre i testimoni quello di interlocutori semplici, dando così luogo a quella che è stata definita «comunicazione asimmetrica» o «comunicazione diseguale»<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> McCLOSKEY-ZARAGOZA, *Misleading postevent information and memory for events: Arguments and evidence against memory impairment hypotheses*, in *Journal of Experimental Psychology: General*, 1985, 114(1), 1-16.

<sup>32</sup> ALBANO LEONI, *Dei suoni e dei sensi. Il volto fonico delle parole*, Il Mulino, 2009, 119. Questo insieme di aspetti trova importanti approfondimenti nei centrali lavori di AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 1962, e di SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969. Si ricordano anche il centrale studio di sociologia della comunicazione di GOFFMAN, *Forms of Talks*, University of Pennsylvania Press, 1981; i lavori sulla linguistica pragmatica di SCHLIEBEN LANGE, *Linguistica pragmatica*, Il Mulino, 1980 e di BAZZANELLA, *Le facce del parlare. Un approccio pragmatico all'italiano parlato*, Nuova Italia, 1994; SBISÀ, *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Laterza, 2007; le opere di etnolinguistica, tra le quali si ricorda DURANTI, *Etnopragmatica. La forza nel parlare*, Carocci, 2007; gli studi di analisi della conversazione di SACKS-SCHEGLOFF-JEFFERSON, *A simplest systematics for the organization of turn-taking for conversation*, in *Language*, 50, 1974, 696-735; le opere sull'analisi del discorso, tra le quali si ricorda BROWN-YULE, *Discourse Analysis*, Cambridge University Press, 1983 e AA.VV., *Fra conversazione e discorso*, ORLETTI (a cura di), Nis, 1994.

<sup>33</sup> BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Utet, 2002; GALATOLO, *La comunicazione in tribunale, in Sul dialogo. Contesti e forme di interazione verbale*, BAZZANELLA (a cura di), 2002, 137-152; Orletti, *La comunicazione diseguale. Potere e interazione*, Carocci, 2000, 14-17.

<sup>34</sup> LEONARDI-VIARO, *Insubordinazioni*, in *Comunicare nella vita quotidiana*, ORLETTI (a cura di), Il Mulino, 1983, 148: «Ciascuno scambio linguistico si caratterizza [...] per una peculiare distribuzione dei diritti conversazionali fra i partecipanti, cioè per il suo quadro legale»; cfr., altresì, BELLUCCI, *op. cit.*, 155; AA.VV., *Fra conversazione e discorso*, cit.; ORLETTI, *op. cit.*; GOFFMAN, *op. cit.* Questi Autori affrontano, peraltro, le varie tipologie di interazione asimmetrica, quali la comunicazione

Il Regista può esercitare sulla conversazione con gli interlocutori quattro tipologie di dominanza interazionale<sup>35</sup>.

La dominanza quantitativa, cioè la quantità di flusso comunicativo che proviene da un soggetto<sup>36</sup>; la dominanza interazionale, quella caratterizzata dalla facoltà di porre in essere le cd. «mosse forti» (come le domande, le interruzioni) di spettanza delle parti processuali e, soprattutto, del giudice, attuate per cambiare la sequenza conversazionale; la dominanza semantica, che si realizza con il controllo esercitato sugli argomenti da trattare e, infine, la dominanza strategica, costituita dal potere di attuare le mosse strategicamente più rilevanti<sup>37</sup>.

Nel corso della interazione il Regista può condizionare in molti modi le risposte del soggetto con cui conversa<sup>38</sup>. In particolare il Regista ha sempre il potere di «ristabilire l'ordine interazionale» attraverso atti che ridefiniscono la finalità dell'interazione<sup>39</sup>: egli può intervenire nelle risposte, interrompendole o formulando domande guidanti per correggere iniziali deviazioni contenute nelle risposte, ripristinando così la pertinenza delle stesse rispetto a ciò che si sta cercando di sapere. Tale dominanza linguistica risulta espressamente prevista e disciplinata dall'art. 499 c. 6 c.p.p. in tema di poteri del giudice nel governare l'esame.

La suggestività della domanda risiede non solo nell'aspetto verbale e testuale del messaggio, ma anche in quello relazionale.

Sotto un profilo testuale, le domande suggestive possono essere costituite prevalentemente da domande chiuse, dalle domande disgiuntive, dalle domande-coda, dalle domande implicative. Queste tipologie di domande presentano tutte un certo grado di coercitività del contenuto atteso delle risposte<sup>40</sup>.

Le domande chiuse (definite anche «domande polari» o «domande totali») contengono come oggetto della domanda un intero enunciato in forma

---

tra medico e paziente, tra docente e studente, le interviste giornalistiche, le tavole rotonde.

<sup>35</sup> LINELL, *The power of dialogue dynamics*, in *The Dynamics of Dialogue*, MARKOVA-FOPPA (a cura di), Hemel Hempstead, 1990; LINELL-LUCKMANN, 1991, *Asymmetries in Dialogue: Some Conceptual preliminaries*, in *Asymmetries in dialogue*, MARKOVA-FOPPA, Hemel Hempstead, 1991, 1-20.

<sup>36</sup> In realtà nell'ambito del processo penale essa è sottoposta a una regola inversa, in quanto in tutti gli atti escussivi i soggetti interrogati, che producono un flusso comunicativo maggiore, sono proprio quelli più deboli da un punto di vista interazionale.

<sup>37</sup> ORLETTI, *op. cit.*, 14-17 e 131.

<sup>38</sup> GIGLIOLI-CAVICCHIOLI-FELE, *Rituali di degradazione: anatomia del processo Cusani*, Il Mulino, 1997; PENMAN, *Discourse in Courts: cooperation, coercion and coherence*, in *Discourse Processes*, 10, 1987, 201-2018.

<sup>39</sup> Nel processo penale, l'accertamento del fatto: cfr. ORLETTI, *op. cit.*, 24.

<sup>40</sup> BELLUCCI, *op. cit.*, 198.

assertiva, per cui obbligano a una risposta nei termini affermativi o negativi<sup>41</sup>. Esse riducono la possibilità di risposta dell'interrogato<sup>42</sup>.

Con le domande disgiuntive o domande alternative si opera una induzione dell'interrogato a rispondere scegliendo una sola alternativa all'interno di un numero limitato di opzioni offerte («*La macchina era rossa o bianca?*»).

Altra tipologia di domande suggestive sono le cd. «*domande-coda*» o «*tag questions*»<sup>43</sup>, le quali contengono una frase assertiva, seguita da una breve clausola interrogativa con la quale si chiede l'adesione a quel contenuto da parte dell'interrogato (le clausole possono essere «*giusto?*», «*vero?*», «*non è così?*», «*o sbaglio?*» e altre simili). Nella letteratura linguistica e di analisi conversazionale si evidenzia la apparente funzione di cortesia assoluta da questo tipo di domanda<sup>44</sup>, mentre in realtà la domanda presenta una forte funzione coercitiva in quanto la coda si configura come un invito esplicito a fornire una conferma alla parte assertiva dell'enunciato<sup>45</sup>. Inoltre con questo tipo di domanda l'interrogante indica esplicitamente all'interlocutore come una eventuale risposta non adesiva all'asserzione verrà giudicata negativamente, come risposta non preferita o non gradita<sup>46</sup>.

Relativamente alle domande «implicative» è opportuno evidenziare come la eterogeneità della loro classificazione nella riflessione dottrinale e giurisprudenziale<sup>47</sup> potrebbe probabilmente essere maggiormente razionalizzata alla luce degli studi di linguistica e di analisi della conversazione.

<sup>41</sup> SHUY, *Language Crimes: the uses and abuses of language in evidence in courtrooms*, Blackwell, 1993, laddove si propone un catalogo delle risposte possibili a questa tipologia di domande, inquadrato in una scala che va dalla massima adesione al massimo disaccordo.

<sup>42</sup> Si legge in PALLOTTI, *La conversazione in contesti giudiziari*, in *Di Pietro e il giudice*, GALATOLO-PALLOTTI (a cura di), Pitagora Editrice, 1998, 17: «*In genere le domande chiuse [...] sono le più coercitive e si ritrovano in maggior numero quando l'interrogato ha uno status sociale basso, [...]. Le domande aperte [...] sono invece rivolte più frequentemente a interrogati [...] con uno status sociale più elevato*». È stato altresì affermato, a dimostrazione della difficoltà di rilevare oggettivi elementi di ambiguità, come frequentemente le domande «*polarì*» possano addirittura svolgere una funzione cooperativa con il testimone, in quanto, trattandosi di domande ad alto vincolo, risulterebbero idonee a guidare un testimone in difficoltà, emotivamente coinvolto e incapace di procedere a una narrazione spontanea: in tal senso, BELLUCCI, *op. cit.*, 199.

<sup>43</sup> SIMONE, *Fondamenti di linguistica*, Laterza, 1990, 239-240; GIBBONS, *Forensic linguistics. An introduction to language in the justice system*, Blackwell, 2003.

<sup>44</sup> LABOV-FANSHIEL, *Therapeutic discourse. Psychotherapy as conversation*, Academic Press, 1977; LAKOFF, *Language and woman's place*, Harper Ed., 1975.

<sup>45</sup> WOODBURY, *The strategic use of questions in court*, in *Semiotica*, 1984, vol. 48, 3-4, 197-228.

<sup>46</sup> Cd. «*dispreferita*». Occorre evidenziare come nella pratica le cd. «*tag questions*» possano presentarsi anche senza la clausola interrogativa finale, il cui senso viene comunque veicolato dalla particolare intonazione «*sospesa*» con la quale l'affermazione viene espressa, nella forma appunto di una semplice richiesta di conferma, come nell'ipotesi in cui venga domandato «*E dunque Lei ha accettato quel denaro...*».

<sup>47</sup> Nei termini già sopra accennati, nel senso che si è tentato di distinguere la tipologia di informazione implicata (vera/falsa/non provata) per includere la domanda implicativa tra quelle nocive ovvero tra quelle suggestive.

La domanda «implicativa» è quella che, per la sua validità, implica l'esistenza di un fatto o di una circostanza. Tale implicazione solitamente avviene nella forma della «presupposizione»<sup>48</sup>.

La presupposizione è la condizione che un enunciato suppone sia realizzata, senza asserirne esplicitamente la sussistenza. Nel tentativo di fornire un esempio banale, potremmo dire che nella frase «*Tizio ha smesso di fumare*» si fornisce la presupposizione che Tizio fumasse. Tale presupposizione, pur inserita nell'enunciato, non costituisce tuttavia il momento informativo vero e proprio, che invece è occupato dal fatto che adesso Tizio ha smesso di fumare: il focus dell'enunciato, cioè l'informazione messa in evidenza e immediatamente rilevabile dall'interlocutore, coincide con la seconda parte, mentre il fatto presupposto cade in una sorta di ombra comunicativa<sup>49</sup>. La presupposizione dunque è la parte di un enunciato non specificamente asserita, ma che è comunicata perché quell'enunciato sia dotato di senso e che si riferisce a un fatto che dovrebbe far parte di un contesto di conoscenze comuni – o presunte tali – tra parlante e ascoltatore<sup>50</sup>.

Spesso l'interlocutore può rilevare la presenza di una presupposizione grazie ai cd. «attivatori» della presupposizione stessa, cioè agli elementi linguistici che la costituiscono: essi sono, solitamente, i verbi di stato<sup>51</sup>, i verbi fattivi<sup>52</sup>, gli elementi linguistici cd. «iterativi»<sup>53</sup>, le frasi subordinate di tipo temporale, causale, concessivo<sup>54</sup>.

In questi casi le presupposizioni sono evidenti sotto un profilo testuale, dunque il fatto presupposto è in qualche modo rilevabile proprio grazie agli «attivatori» e l'eventuale suggestione insita nella parte presupposta è facilmente riconoscibile dal testimone e dalle parti.

<sup>48</sup> Preme sottolineare come gli studi di linguistica abbiano evidenziato una ulteriore forma attraverso la quale un fatto viene implicato in un enunciato, la cd. «*implicatura*»: sul punto, cfr. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, Il Mulino, 1993, 267-82; SBISÀ, *op. cit.* Ragioni di spazio non consentono di sintetizzare il complesso e ampio dibattito linguistico tuttora in corso circa la distinzione tra «*presupposizioni*» e «*implicature*». Sarebbe comunque utile tornare su tale tema per la preziosa rilevanza che può assumere nella riflessione giuridica circa i meccanismi sottesi alle domande suggestive e a quelle nocive.

<sup>49</sup> BERRETTA, *Come inseriamo elementi nuovi nel discorso/III*, in *Italiano & Oltre*, XII, 2, 1996, 117.

<sup>50</sup> GIVÓN, *Mind, Code and Context: Essays in Pragmatics*, Lawrence Erlbaum Ass., 1989.

<sup>51</sup> Per es., «*Tizio ha iniziato a/ ha smesso di/ ha continuato a fumare*», formule con i quali si presuppone un mutamento o la esistenza di uno stato.

<sup>52</sup> Per es., «*sapere*», «*ricordare*», «*rimpiangere*», «*rendersi conto*» e altri.

<sup>53</sup> Se ne segnalano alcuni: «*ritornare*», «*di nuovo*», «*altro*», «*anche*». Per es. «*La decisione di Tizio era destinata a riaprire la faida?*»; «*Anche Tizio meritava di essere colpito?*»; «*Tizio aveva altre armi?*».

<sup>54</sup> Per es.: «*Dopo che ebbe mangiato, dove si recò?*»; «*Avendo letto il messaggio, lo chiamò?*»; «*Benché l'avesse visto da lontano, lo riconobbe?*». Per un tentativo di tassonomia degli attivatori, cfr. DOMANESCHI-CARREA-PENCO-GRECO, *The cognitive load of presupposition triggers. Mandatory and optional repairs in presupposition failure*, in *Language and Cognitive Processes*, 2014, 29, 1, 136-146.

Talvolta il fatto presupposto non è evidente, come nella interrogativa «*Lei da quanto tempo frequentava Tizio?*», nella quale la richiesta di informazioni ha senso se viene accettata la presupposizione, cioè che il testimone si frequentasse con Tizio. In questi casi il fatto oggetto della presupposizione, espressa o meno dagli attivatori linguistici, viene veicolato nella domanda e, se non viene contrastato dall'interlocutore, risulta accolto. In sostanza il testimone è portato ad assumere per valide informazioni contenute nella presupposizione, aderendovi mediante la risposta alla domanda. Sotto un profilo di strategia dibattimentale la presupposizione può consentire all'interrogante di mettere al riparo il contenuto del fatto presupposto da una sua possibile messa in discussione: ciò che è presupposto nella domanda non appare negoziabile dall'interlocutore che deve rispondere<sup>55</sup>.

Il fatto dato per presupposto può esistere o meno. In altri termini, la presupposizione può avere per oggetto un fatto già affrontato in domande precedenti formulate al medesimo testimone<sup>56</sup>, oppure un fatto già emerso *aliunde* nel processo ma che il testimone non ha ancora affrontato<sup>57</sup>, ovvero un fatto non ancora emerso nel processo oppure non vero<sup>58</sup>. In quest'ultimo tipo di domanda il ricorso alla presupposizione consente di introdurre un nuovo tema o un nuovo fatto, mascherandolo come già acquisito e trattato<sup>59</sup>.

Il grado di riconoscibilità della presupposizione, sia da parte del testimone che dalle parti processuali, diminuisce con l'aumentare della complessità della vicenda *sub iudice*: è infatti scontato che nell'ambito di processi particolarmente articolati, nel corso dei quali numerosi sono i fatti riferiti o comunque emersi, un fatto «nuovo» contenuto in una presupposizione ha maggiori possibilità di passare inosservato e, in tal modo, la suggestione ha maggiore possibilità di riuscita.

Infine, le domande suggestive possono essere anche espresse mediante il ricorso alle cd. «pratiche di glossa»<sup>60</sup>: esse costituiscono l'insieme dei commenti che il parlante esprime sull'interazione stessa<sup>61</sup>.

Possono essere pratiche comunicative che esprimono qualcosa del parlante e delle sue azioni passate e future oppure qualcosa dell'interlocutore e delle sue azioni passate.

<sup>55</sup> DUCROT, *Dire et ne pas dire*, Hermann, 1980.

<sup>56</sup> In questo caso fa parte di quello che viene definito da SBISA, *op. cit.*, lo «sfondo comune», rispetto al quale il testimone non è in una posizione di svantaggio conoscitivo e il livello di suggestione è certamente contenuto.

<sup>57</sup> In questo caso la presupposizione appare coerente con la funzione propria delle domande suggestive, in quanto il testimone aderirà al fatto presupposto solo lo riconosce come vero.

<sup>58</sup> In tale ipotesi la domanda risulta linguisticamente fuorviante e il parlante può essere giudicato sleale, cioè non cooperativo: cfr. SBISA, *op. cit.*

<sup>59</sup> WOODBURY, *The strategic use of questions in court*, in *Semiotica*, 1984, 48, 3-4, 197-228.

<sup>60</sup> La nozione di pratica di glossa è stata introdotta in un saggio del 1970: GARFINKEL-SACKS, *On Formal Structures of Practical Actions*, Routledge & Kegan Paul, 1970, 338-366.

<sup>61</sup> GARFINKEL-SACKS, *op. cit.*

Le prime corrispondono alle formule quali «Come dire...», «Volendo usare parole semplici», «Volendo essere più chiari...», «Mi rendo conto del tempo trascorso dai fatti», «Per prima cosa vorrei domandarLe...», «Passo all'ultima domanda», «Mi avvio alla conclusione», «Scendiamo nel dettaglio della vicenda», «Adesso passo a una domanda più specifica» e altre.

È evidente come queste formulazioni raramente possano veicolare elementi particolarmente suggestivi, in quanto tramite di esse «il parlante dedica gran parte della propria attività comunicativa a descrivere, commentare, spiegare quello che ha fatto, sta facendo e intende fare nel corso del processo interazionale. [...]. Queste glosse possono riguardare qualsiasi aspetto del parlante e della sua attività che egli ritenga rilevante al fine di facilitare l'andamento e l'organizzazione dell'interazione»<sup>62</sup>. In sostanza esse sono funzionali unicamente alla descrizione e allo scopo dell'atto linguistico in corso, oppure alla necessità di rendere nota la pianificazione della propria comunicazione.

Le seconde, quelle relative all'interlocutore e alle sue azioni passate, possono contenere elementi di forte suggestività. Se pensiamo che talune domande possono essere anticipate da pratiche di glossa quali «così per dire», «per riassumere», «se ho ben capito», «Lei voleva dire che...», «Lei ha prima ha riferito che...», «Quando Lei prima ha detto..., intendeva che...», «Mi sembra che Lei prima abbia detto che...» e altre simili, è agevole comprendere come le stesse consentano di veicolare un forte vincolo nella risposta attesa dal testimone.

Con tali pratiche, infatti, colui che pone la domanda «riformula» le precedenti asserzioni del testimone e, in tal modo, comunica esplicitamente non solo la propria interpretazione delle stesse, rendendo tale valutazione soggettiva un presupposto fattuale della domanda, ma soprattutto ristabilisce il proprio ruolo di Regista nella relazione, cioè di detentore del potere di attuare mosse strategiche forti, come quella di «riepilogare» le frasi altrui, riformulandole e, pertanto, cambiandole<sup>63</sup>.

L'ampio ricorso a pratiche di glossa nel processo penale parrebbe giustificato dal fatto che in quel contesto spesso gli atti di domanda non vengono espressi tramite frasi interrogative, bensì con costrutti che funzionano comunque come una richiesta di risposta, la quale può giungere anche sotto forma di ratifica: si ricorre cioè frequentemente a domande in forma assertiva, vale a dire a dichiarazioni che assumono la funzione pragmatica

<sup>62</sup> ORLETTI, *op. cit.*, 60, 61.

<sup>63</sup> A tal proposito, in ORLETTI, *op. cit.*, 68-69, l'Autrice osserva come questa tipologia di pratica sia connessa all'«intreccio complesso di competenza linguistica e competenza sociale», ciò in quanto «la costruzione della identità sociale non è un processo che l'individuo può sviluppare in maniera autonoma senza tener conto del riconoscimento da parte degli altri e delle conferme che gli vengono dalla interazione». Cfr., altresì, GOFFMAN, *On face-work: an analysis of ritual elements in social interaction*, in *Psychiatry: Journal for the Study of Interpersonal Processes*, 1955, 18, 213-231.

di richiesta di risposta e che vengono correttamente interpretate come tali dall'interrogato<sup>64</sup>.

## 8. Gli elementi linguistici «suggestivi» e «nocivi» individuati dalla Suprema Corte.

Ritornando alla sentenza in commento, possiamo constatare come alcune delle forme linguistiche appena evidenziate siano state rintracciate dai Giudici di legittimità nelle domande poste dalla Corte d'Appello alla persona offesa.

Scorrendo l'elenco delle domande stigmatizzate dalla Suprema Corte, possiamo riscontrare quelle formulate tramite il ricorso alle «presupposizioni» linguistiche, quelle realizzate nella forma delle «tag questions», nonché quelle realizzate mediante le pratiche di glossa.

Appartengono alla categoria delle domande contenenti presupposizioni quella rivolta dal Giudice relatore con le seguenti espressioni: «L'ha conosciuto, poi lui vi portava ogni tanto a scuola con la macchina...». La Corte correttamente ravvisa la suggestione, nella presupposizione che l'episodio si sia verificato all'interno dell'automobile.

Altra domanda appartenente alla medesima categoria è quella formulata nei termini: «E poi, da lì, ci sono stati determinati rapporti tra di voi». La Corte evidenzia infatti come «la domanda, posta in forma assertiva – tale, cioè, da perdere il connotato interrogativo, attribuendo al suo contenuto un carattere di certezza – è nociva poiché palesemente manipolatoria rispetto al ricordo della testimone, cui fornisce falsi presupposti».

Alla categoria delle cd. «domande coda» appartiene quella formulata in tali termini: «e poi, ad un certo punto, quando lui le ha messo la mano sopra, lei gliel'ha presa per levarselo?», giacché, come osservato dalla Corte di legittimità, suggerisce alla persona offesa una risposta in termini affermativi, che puntualmente giunge<sup>65</sup>.

Appartengono alle pratiche di glossa le domande rivolte dal Giudice consigliere con l'espressione «Il fatto materiale lo possiamo dare per pacifico», in relazione alla quale la Corte evidenzia la nocività della domanda perché tramite di essa il Giudice esprime, in tono assertivo, la propria valutazione circa la sussistenza del fatto.

Altrettanto dicasi con riferimento alla domanda «Lei ricorda che aveva denunciato che ad un certo punto questa persona, un giorno eravate in mac-

<sup>64</sup> FAVA, *Note su forme grammaticali e atti di domanda in italiano*, in *Lingua e stile*, 1987, 22, 31-39.

<sup>65</sup> La domanda in esame presenta le principali caratteristiche che abbiamo esaminato a proposito delle «tag questions»: da un lato, una forte componente coercitiva giacché si presenta come un esplicito invito alla testimone a fornire conferma della verità di un'affermazione mascherata da domanda, dall'altro la esplicitazione del fatto che quella è l'unica risposta attesa, cioè quella preferita dall'interrogante.

*china così, aveva preso la sua mano... e se l'era messa sulle sue parti intime».* Sul punto la Corte rileva come con tale domanda si suggerisca un «fatto come assodato», peraltro, potremmo aggiungere, inserendolo nella personale riformulazione della precedente dichiarazione della persona offesa, quella contenuta nell'atto di denuncia e querela. Inoltre i Giudici di legittimità rilevano come a tali domande la persona offesa si limitasse a esprimere la propria risposta annuendo, cioè attraverso una mera ratifica del contenuto implicito veicolato.

Analogo rilievo deve essere formulato in relazione alla domanda «Ecco, se lei ricorda questo episodio, ricorda anche se ha avuto una reazione, prima, durante o dopo che lui ha compiuto questo gesto?». La Corte qui rileva come la domanda suggerisca la risposta alla testimone. Possiamo evidenziare come anche in questo caso la suggestione avvenga non solo tramite la inclusione di una presupposizione, cioè il fatto che la persona offesa abbia manifestato una qualche reazione, lasciando libera la testimone unicamente di scegliere tra le opzioni proposte, cioè se questa reazione è avvenuta «prima, durante o dopo che lui ha compiuto questo gesto», ma anche tramite la pratica di glossa attuata nella forma del periodo ipotetico «Ecco, se lei ricorda questo episodio, ricorda anche..», che suggerisce alla testimone una risposta positiva che faccia salva la coerenza del proprio racconto, come in realtà avviene perché la teste nell'ambito della risposta dapprima afferma «No, della reazione non mi ricordo» e subito dopo accoglie la suggestione affermando «poi ho cercato di levarla [la mano sui genitali dell'uomo]».

Infine, in relazione alla domanda «Quindi come se lei avesse accettato, in quel momento, questo gesto», la Corte evidenzia come essa sia addirittura nociva perché «volta a forzare» la risposta negativa della persona offesa, la quale infatti risponde in tali termini. Possiamo aggiungere come anche in questo caso la domanda, peraltro formulata in forma assertiva, contenga una pratica di glossa, riferibile alla valutazione soggettiva che il Giudice relatore esprime sul ritardo con il quale la persona offesa si sarebbe opposta all'azione dell'uomo: tale «riformulazione» della condotta della persona offesa, infatti, viene espressa con termini che veicolano un inopportuno giudizio di valore, per il quale la persona offesa inizialmente avrebbe addirittura «accettato» l'azione dell'uomo. La teste, provocata da tale giudizio di valore, risponde contestandolo e affermando di aver tentato di sottrarsi.

## 9. Considerazioni conclusive (e un caso americano).

La domanda nociva e quella suggestiva possono essere definiti come atti di comunicazione non cooperativi (secondo il significato griceano), nel senso che mediante tali tipologie di domande viene attuata una manipolazione su



un elemento conoscitivo (rivelandolo o non rivelandolo) che incide sul contenuto della risposta<sup>66</sup>.

A prescindere dalle mutevoli forme linguistiche con le quali un contenuto suggestivo o manipolatorio può essere veicolato, un dato può essere sottolineato con le stesse parole usate dalla Corte nella sentenza in esame: «*quanto appena rilevato riverbera i suoi effetti anche sul piano epistemico atteso che la prova, indicata dalla sentenza di annullamento, non ha fornito un sapere certo: la teste, infatti, si è limitata, per gran parte dell'esame, ad assecondare, nella maniera di cui si è detto, il giudice che la interrogava*».

Il riconoscimento da parte della Corte di legittimità del fatto che le domande suggestive o nocive abbiano indotto la testimone «*ad assecondare [...] il giudice che la interrogava*» significa aver ammesso quello che è un insegnamento che proviene dalla linguistica e dalla psicologia della comunicazione e cioè che l'elemento variamente manipolatorio, come è stato accennato, non può essere rinvenuto solo nell'aspetto testuale della domanda, ma deve essere ricercato nella particolare relazione comunicativa che intercorre tra interrogante e interrogato.

È innegabile come l'adulterazione della testimonianza prodotta delle domande suggestive formulate dal Giudice sia strettamente correlata al particolare ruolo, istituzionale e linguistico, che tale figura assume nell'ambito della relazione comunicativa con la persona escussa.

La rilevanza di tale ruolo assunto dal Giudice, ampiamente documentata negli studi che sono stati già citati<sup>67</sup>, amplifica notevolmente il potenziale coercitivo anche di quelle domande che, sotto il profilo meramente testuale, potrebbero risultare addirittura minimamente suggestive se formulate da soggetti privi di quel ruolo, più facilmente contrastabili dal testimone.

Se torniamo brevemente a considerare una delle domande oggetto della sentenza in commento («*Quindi come se lei avesse accettato, in quel momento, questo gesto*»), la Corte ne sottolinea la portata nociva, perché la domanda è finalizzata a «forzare» la risposta negativa della persona offesa.

Orbene il particolare livello di coercizione insito nella domanda risiede, sotto un profilo linguistico, proprio nel giudizio negativo che il Giudice formula nell'affermare come la persona offesa avrebbe «*accettato, in quel momento, questo gesto*». In tal modo il Giudice attua ciò che in termini linguistici viene definito un «*attentato alla faccia positiva dell'interlocutore*» (cd. «*Face Threatening Acts*»), cioè un tentativo di minare la buona immagine che la testimone, come ciascun interlocutore, tenta di costruire nel corso della relazione comunicativa.

---

<sup>66</sup> Nel senso che la domanda suggestiva possa essere definita come una comunicazione non cooperativa, in quanto violerebbe la massima griceana della qualità, «*sii sincero*»: cfr. POGGI-BOFFA-CASTELFRANCHI, *L'inganno: comunicazione non cooperativa*, in *Fra conversazione e discorso*, cit.

<sup>67</sup> JAHODA, *Some Historical and Cultural Aspects of Suggestion*, in AA. VV., *Suggestion and Suggestibility - Theory and Research*, Springer, 1989, 255-261.

È stato evidenziato come tali tentativi, che continuamente avvengono nel corso del dibattimento<sup>68</sup>, possano risultare particolarmente ostili agli occhi di chi li riceve se provengono da soggetto sovraordinato, sia sotto un profilo istituzionale che nell'ambito della relazione comunicativa<sup>69</sup>.

A tal proposito è stato correttamente osservato come «*qualunque cittadino di fronte a un tribunale [...] deve badare non solo all'attendibilità dei fatti presentati, ma anche al modo in cui questi fatti sono presentati e al modo in cui egli stesso è presentato*»<sup>70</sup>.

La risposta negativa fornita dalla testimone alla domanda nociva («*Quindi come se lei avesse accettato, in quel momento, questo gesto*»; «*No, io ho provato a tirarmi indietro*»), lungi dal rappresentare la verità dell'accaduto, rischia di costituire una mera reazione difensiva, necessaria in quanto il «*face threatening act*» proviene dal Giudice e, pertanto, rischia di pregiudicare in modo solenne l'identità relazionale della persona offesa.

In questa prospettiva, dunque, la sentenza in commento risulta particolarmente coraggiosa perché sembra avvicinarsi alle conclusioni cui sono giunti linguisti e psicologi forensi nel ritenere come la suggestione risieda, piuttosto che nel solo dato testuale dell'enunciato, nella complessa dinamica interazionale tra soggetto interrogante e soggetto interrogato, dinamica caratterizzata da una forte asimmetria quando il primo sia il giudice.

Ad analoghe conclusioni sembra sia giunta anche la giurisprudenza d'Oltreoceano.

In data 23 luglio 2015 la Corte Suprema dello Stato del Michigan si è pronunciata su una vicenda simile a quella oggetto della sentenza in commento<sup>71</sup>.

Nel corso di un processo per omicidio e maltrattamenti nei confronti di un minore, l'imputato, a seguito della condanna della Corte circondariale, confermata dalla Corte d'Appello, ricorre avanti la Corte Suprema del Michigan, lamentando di non essere stato sottoposto a un «*fair and impartial trial*» in quanto il giudice di primo grado, nell'esaminare il consulente medico legale della difesa, avrebbe posto domande provocatorie, suggestive, tali da tentare di condizionare le risposte.

La Corte Suprema del Michigan, nell'accogliere il ricorso, ha sottolineato come il giudice dovrebbe tener presente che indebite interferenze, impa-

<sup>68</sup> Si pensi alle continue strategie comunicative messe in atto dalle parti nel corso della cross-examination per compromettere la credibilità di un testimone ovvero l'attendibilità di ciò che ha riferito.

<sup>69</sup> Cfr. BAZZANELLA, *Linguistica e pragmatica del linguaggio*, Laterza, 2005, 184-185, secondo la quale «*Le azioni altrui possono 'minacciare' la propria faccia (FTA – Face Threatening Acts), sia positiva che negativa e questa minaccia deve essere calcolata sia rispetto al tipo di rapporto esistente tra gli interlocutori (fondamentalmente simmetrico e asimmetrico), che in base all'atto stesso*». Cfr., altresì, BELLUCCI, *op. cit.*, 162.

<sup>70</sup> GIGLIOLI-CAVICCHIOLI-FELE, *op. cit.*, 136.

<sup>71</sup> La sentenza è reperibile sul sito internet dell'American Bar Association: <https://www.abajournal.com/files/McBain.pdf>.

zienza o partecipazione diretta nell'esame dei testimoni, ovvero un atteggiamento severo nei loro confronti, può pregiudicare la corretta celebrazione del processo ovvero l'accertamento della verità<sup>72</sup> e che un giudice dovrebbe evitare domande che siano intimidatorie, argomentative o scettiche<sup>73</sup>, ovvero ostili, quest'ultime particolarmente inappropriate soprattutto se «immeritate»<sup>74</sup>.

Similmente alla sentenza in commento anche la sentenza pronunciata dalla Suprema Corte del Michigan elenca le specifiche domande poste dal giudice, ritenute assertive, provocatorie e suggestive della risposta, soffermandosi non soltanto sul contenuto delle domande ma anche sui tratti paralinguistici delle stesse e, soprattutto, sulle complessive modalità con le quali il giudice ha attuato la relazione comunicativa con il testimone<sup>75</sup>, nella consapevolezza che la suggestione possa essere veicolata attraverso la complessiva relazione comunicativa oltre che tramite gli aspetti più strettamente verbali<sup>76</sup>.

Con la sentenza in commento, dunque, la Corte di legittimità, nell'analizzare con rilevante sensibilità linguistica gli elementi suggestivi nelle domande formulate dal giudice, nel sottolineare altresì come questi abbiano determinato nella testimone risposte di mera ratifica e assecondamento di quanto suggerito, sembra aver recepito un celebre insegnamento della linguistica forense: la suggestione è una risposta conforme, un prodotto dell'influenza sociale piuttosto che di un difetto linguistico o cognitivo<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> «[...] judge should bear in mind that undue interference, impatience, or participation in the examination of witnesses, or a severe attitude on the judge's part toward witnesses [...] may tend to prevent the proper presentation of the cause, or the ascertainment of truth».

<sup>73</sup> «A judge should avoid questions that are intimidating, argumentative, or skeptical».

<sup>74</sup> «Hostile questions from a judge are particularly inappropriate when the witnesses themselves have done nothing to deserve such heated inquiry».

<sup>75</sup> Cfr. par. B della sentenza della Corte Suprema del Michigan, intitolato «*Tone and demeanor*», nel quale si tratta appunto all'intonazione e al complessivo comportamento tenuto dal giudice.

<sup>76</sup> Pare opportuno ricordare come la Corte Suprema del Michigan stigmatizzi l'errato convincimento per il quale il potere del giudice nel formulare le domande non incontri limiti, sovrapponendosi al ruolo della Pubblica Accusa, poiché, similmente a quanto osservato dalla sentenza della Corte di Cassazione, l'esame condotto dal giudice ha in realtà il solo scopo di ottenere chiarimenti o informazioni aggiuntive («*The judge's questions implied partiality, were argumentative, invaded the role of the prosecutor, and did not clarify testimony or elicit additional relevant information. The judge's response to objections reflected an erroneous belief that his power to question witnesses had no limitations*»).

<sup>77</sup> «*Suggestion is compliant responding, a product of social influence rather than any linguistic or cognitive shortcoming*» (HEATON-ARMSTRONG-SHEPHERD-WOLCHOVER, *op. cit.*, 49).



# I TORMENTI DELL'ABUSO D'UFFICIO TRA TEORIA E PRASSI. DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E *INFEDELTÀ* NEL NUOVO ART. 323 C.P.

**Marco Naddeo**

**Sommario:** **1.** Fattispecie e tipo: prolegomeni del primato della prassi. - **2.** Il nuovo volto dell'illecito penale dopo il D.L. 76 del 16 luglio 2020. - **3.** La morfologia dell'*abuso* nell'art. 323 c.p. - **4.** Il rischio di marginalizzazione dell'*infedeltà*. - **5.** Eterogenesi dei fini o *abolitio criminis* mascherata?

*Leggi e diritto si trasmettono di padre  
in figlio come una malattia ereditaria,  
si trascinano di generazione in generazione,  
di luogo in luogo.*

*Ciò che era ragionevole diventa assurdo, ciò che rappresentava un beneficio  
diventa una calamità.*

GOETHE, *Faust*, I, *Studio*, Mefistofele

---

\* Professore incaricato di Diritto Penale, Università degli Studi *Link Campus University* di Roma.

## 1. Fattispecie e tipo: prolegomeni del primato della prassi.

Partiamo subito da una evidente anomalia.

La riforma introdotta dall'art. 23, decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”, incide sul delitto di *abuso d'ufficio* (art. 323 c.p.) per correggere gli effetti distorsivi di una prassi applicativa che ha nel tempo sbiadito i confini del *tipo*, ricalcati dalla legge 16 luglio 1997, n. 234 proprio per contenere le disfunzioni della *fattispecie* di “*abuso innominato*”, cui la novella del 1990 (legge 26 aprile 1990, n. 86) non era riuscita a porre rimedio<sup>1</sup>.

In sostanza, la disarticolazione del testo per via esegetica innesca interventi riformatori che, traendo spunto dalla *legalità effettuale*<sup>2</sup>, legittimano la (discutibile) *verità* del formante giurisprudenziale, ormai assunto a ‘fonte’ del diritto, quasi perdendo di vista (le reali dimensioni del *deficit* di determinatezza del) la struttura tipica sottoposta a revisione<sup>3</sup>.

Sul piano inclinato di tali premesse, la ristrutturazione dell'art. 323 c.p. finisce per concentrarsi esclusivamente sulla «*violazione di norme di legge o di regolamento*», vale a dire sul *disvalore d'azione*, trascurando – come ha fatto negli anni la giurisprudenza – il *disvalore d'evento* (vantaggio o danno) che, legato al primo da “causalità normativa”, rende il *Tatbestand* descrittivo di un programma epistemologicamente verificabile. Espunti dalla dimensione soggettiva (di scopo) del dolo specifico, l’«*ingiusto vantaggio patrimoniale*» o il «*danno ingiusto*» si saldano eziologicamente alla condotta illecita, assurgendo a *seconda dimensione* della speciale illiceità dell'abuso d'ufficio, in modo da ponderarne il reale disvalore e la punibilità in concreto in funzione dei principi di *ragionevolezza* e *sussidiarietà*. Eppure, anziché rafforzare il costruito positivizzato all'art. 323 c.p., il legislatore focalizza l'attenzione sul

<sup>1</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'abuso d'ufficio: C. BENUSSI, *I delitti contro la P.A.*, I, Padova, 2001, 549 s.; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, in F. PALAZZO e C.E. PALIERO (a cura di), vol. V, Torino, 2011, 119 ss.; G. CONTENTO, *Giudice penale e P.A. dopo la riforma*, in *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002, 427 s.; C.F. GROSSO, L'“*abuso innominato di autorità*” nel pensiero di Francesco Carrara, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, 121 s.; G. LICCI, *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, 2010, 24 ss.; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro It.*, 2/1998, 390 ss.; A. MANNA, *Considerazioni in tema di abuso di ufficio*, in M. CATENACCI, G. MARCONI, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 88 ss.; A.M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 36 ss.

<sup>2</sup> Al riguardo, il rinvio è a F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 3/2016; il chiaro Autore afferma che “*l'asse portante del principio di legalità si è spostato dall'esigenza politica del contenimento del potere del giudice e dell'esaltazione del ruolo monopolistico della fonte legislativa, all'esigenza universale di conoscibilità del precetto e di prevedibilità delle conseguenze della violazione in funzione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona*”.

<sup>3</sup> In argomento, sia consentito il rinvio a M. NADDEO, *I limiti della tutela penale nell'«abuso d'ufficio»*, in *L'Ind. pen.*, n. 1/2018, 232 ss.

diritto vivente e sulle disfunzioni ermeneutiche che lo caratterizzano, tentando di contenerne il progressivo slabbramento con una rimodulazione *per specificazione* rivolta esclusivamente al primo livello di un reato a *doppia ingiustizia*<sup>4</sup>.

## 2. Il nuovo volto dell'illecito penale dopo il D.L. 76 del 16 luglio 2020.

Dopo la legge 190 del 6 novembre 2012, che si è limitata a riformarne la forbice edittale precedente (da sei mesi a tre anni) con l'attuale *range* «da uno a quattro anni», quello del 2020 rappresenta un nuovo intervento di tipo strutturale, destinato ad avere impatto sistematico-funzionale sul delitto in esame.

Anziché riscrivere l'art. 323 c.p., tenendo conto della complessa geometria che ne caratterizza il *tipo*<sup>5</sup>, il legislatore ha prescelto una manovra per così dire 'asimmetrica', sostituendo le parole «*di norme di legge o di regolamento*» con le seguenti: «*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*» (così, il già citato art. 23, decreto legge 16 luglio 2020, n. 76).

Consapevole delle forzature interpretative cui il vecchio sintagma era stato sottoposto – deprimendone l'accezione formalistica a favore di applicazioni disinvolute che facevano perno sul criterio della *violazione mediata* per arrivare a configurare *violazione di norma di legge* anche quella inerente atti normativi diversamente denominati<sup>6</sup>, che fungerebbero da *norma interposta* rispetto alle leggi e ai regolamenti –, il legislatore utilizza il bulino della

<sup>4</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2002, 244; R. RAMPIONI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni Fondamentali della parte speciale del diritto penale*, in A. FIORELLA (a cura di), Torino, 2019, 800; A. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 273 ss.; S. MASSI, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, fasc. 1/2019.

<sup>5</sup> Un'approfondita indagine sulle prospettive di riforma dell'abuso d'ufficio è offerta in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, *passim*; con particolare riferimento alla proposta *de lege ferenda*, M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, *ivi*, 94 ss., nonché M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, *ivi*, 31 ss. Da ultimo, anche in prospettiva comparatistica, F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020, *passim*, nonché G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, spec. 205 ss.

<sup>6</sup> Sulla estensione incontrollata della fattispecie e, in particolare, sulla natura delle linee-guida quale *regolamento* in grado di integrare l'elemento normativo dell'art. 323 c.p., F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *PenaleDP*, 13.5.2020, *passim*.

riforma per cesellare il disvalore di azione, lasciando per il resto inalterata la fattispecie. In questa direzione, il precetto si concentra sulla violazione di *specifiche regole di condotta* che: a) siano previste da fonti di tipo primario (legge o atti aventi forza di legge); b) possiedano carattere vincolante (ovvero non lascino al pubblico agente margini di discrezionalità).

Una formidabile restrizione dello spettro applicativo che incide significativamente sul baricentro della fattispecie<sup>7</sup>, mettendone a rischio la stessa funzione repressiva 'di chiusura' da sempre attribuita alla norma, con potenziali rischi "in termini di impunità e di inefficacia preventiva dell'incriminazione"<sup>8</sup>. D'altra parte, *rebus sic stantibus*, il pubblico agente che viola con dolo intenzionale di ingiusto profitto patrimoniale (o di danno ingiusto) un regolamento dato dall'amministrazione o che eserciti con lo stesso obiettivo un potere *discrezionale* previsto dalla legge non integrerebbe il delitto di abuso d'ufficio.

In sostanza, se alla nuova formulazione dell'art. 323 c.p. deve dirsi estranea l'attività amministrativa di natura discrezionale, non può sussistere il vizio di eccesso di potere e, di conseguenza, ogni sindacato del giudice penale sull'eccesso o *sviamento di potere* dovrebbe risultare precluso<sup>9</sup>.

### 3. La morfologia dell'abuso nell'art. 323 c.p.

La portata rivoluzionaria della riforma in esame può essere pienamente compresa se si pone mente alla radice etimologica del termine *abuso*, in cui è contenuta la possibilità di un *uso lecito* di poteri-facoltà attribuiti *ex lege* all'organo-ufficio, in seno al quale il pubblico agente è tenuto a esercitarli orientando la funzione o il servizio al fine istituzionale prefissato e tipico che ne giustifica l'attribuzione (in modo vincolato o discrezionale)<sup>10</sup>. Per tale ragione, «*il reato di abuso d'ufficio connotato da violazione di norme di legge o di regolamento è configurabile non solo allorché la condotta tenuta dall'agente sia in contrasto con il significato letterale, logico o sistematico della*

<sup>7</sup> Si riferisce alla riforma in esame come una "spallata all'inutile totem dell'abuso d'ufficio" il Prof. B. ROMANO che su *Il Dubbio*, 1° agosto 2020, p. 6, ritiene "si potrebbe immaginare una abrogazione secca dell'articolo 323 c. p., non mancando - nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione - altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che potrebbero punire singole condotte meritevoli di repressione penale".

<sup>8</sup> In questi termini, G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale*, 17 luglio 2020.

<sup>9</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, 145 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 696 ss.

<sup>10</sup> In tal senso, A.R. CASTALDO, *L'abuso penalmente rilevante nel mercato economico finanziario e nella pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, 89 ss. Per un'analisi speculare del concetto di "abuso", seppure in un diverso settore della parte speciale del diritto penale, sia consentito il rinvio a M. NADDEO, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina e rischio socialmente adeguato*, in *L'Indice Penale*, n. 2-2013, 421.



disposizione di riferimento, ma anche quando essa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretizzandosi in uno “svolgimento della funzione o del servizio” che oltrepassa ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all’incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine (Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, Bocchiotti, in Cass. pen., 2003, 119)»<sup>11</sup>. Si tratta delle premesse che hanno condotto le Sezioni Unite a riconoscere il “requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l’esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l’attribuzione” (cfr. Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, CED 251498).

In questa ottica, l’interesse pubblico rappresenta l’argine esterno alla discrezionalità, consentendone l’esercizio nel rispetto della disciplina dell’ufficio o servizio che, grazie alla qualifica soggettiva pretesa dall’art. 323 c.p., penetra nel tipo e orienta l’offensività della violazione, lasciando fuori dallo spettro sanzionatorio l’eccesso punitivo *intrinseco*, fintantoché la condotta del pubblico agente orbiti all’interno delle possibili opzioni che la norma attributiva del potere discrezionale gli consente. Diversamente, il cattivo uso del potere che esorbiti dai limiti interni della discrezionalità, ponendosi in contrasto con l’interesse per il quale il potere è attribuito (eccesso di potere *estrinseco*), deve continuare a rientrare nel fuoco della fattispecie<sup>12</sup>, focalizzando il sindacato penale sulla verifica della eventuale *sostituzione del merito amministrativo con un merito illecito*<sup>13</sup>.

Eliminando dall’area del penalmente rilevante ogni condotta caratterizzata da margini di discrezionalità, la riforma in analisi impone un radicale mutamento della stessa morfologia dell’abuso. Oltre agli importanti esiti dal punto di vista intertemporale<sup>14</sup>, la novella neutralizza l’attivazione del delitto

<sup>11</sup> Testualmente, M. GAMBARDELLA, *Abuso d’ufficio*, in LATTANZI-LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IV, *I Delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro la pubblica amministrazione*, agg. 2015, Milano, 599 s.

<sup>12</sup> Muovono in questa direzione le osservazioni di N. PISANI, *Abuso d’ufficio*, in CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 2015, 264 ss., secondo l’Autore «l’esistenza di uno scopo del tutto estraneo al modello legale e al di fuori dei presupposti di fatto di esercizio del potere discrezionale appare riconducibile al paradigma della “violazione di norme di legge”». Negli stessi termini, L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in CANESTRARI, GAMBERINI, INSOLERA, MAZZACUVA, SGUBBI, SORTONI, TAGLIARINI (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, V ed., Bologna, 2009, 100.

<sup>13</sup> Plasticamente, T. PADOVANI, *L’abuso d’ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. trim. dir. pen. e proc. pen.*, 1989, 88 ss.

<sup>14</sup> Su tali aspetti, si rinvia a G.L. GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*, cit., il quale afferma che “Se la nuova fattispecie venisse tradotta in norma di legge, la limitazione dell’area del pe-

di *abuso d'ufficio* ove il potere del pubblico agente, *esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito* (Cass. pen., Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola), rinvenga la sua fonte in una legge o in un atto avente forza di legge che ne preveda margini di discrezionalità<sup>15</sup>.

L'effetto (collaterale) è evidentemente generato dalla mancata sinergia tra regole violate e contesto (esercizio delle funzioni o del servizio), che caratterizza una pubblica amministrazione sempre più dinamica e protesa alla ricomposizione e al bilanciamento di molteplici interessi (pubblici e privati). Trascurare l'attuale assetto funzionale della Pubblica Amministrazione rischia di escludere dal perimetro dell'art. 323 c.p. proprio l'area dell'attività amministrativa più esposta ai casi di abuso d'ufficio degni di penale rilevanza. Di contro, la miopia dell'operazione di 'alleggerimento' lascerebbe ancora esposta a rischio l'attività del pubblico agente attuata in violazione di regole di condotta puramente formali o procedurali, eppure dotate di un sostrato vincolante positivizzato in una *legge* o in un *atto avente forza di legge*, con conseguenze paradossali.

#### 4. Il rischio di marginalizzazione dell'*infedeltà*.

La dottrina ha ricordato da subito il carattere 'pervasivo' e 'multiforme' della discrezionalità nella pubblica amministrazione, precisando che - a differenza di quella politica - la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica sono "*in vario modo ancorate a criteri e parametri di esercizio, spesso individuati da regole specifiche ed espresse, contenute in leggi*

*nalmente rilevante comporterebbe, in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020, una parziale abolitio criminis, limitatamente ai fatti di abuso d'ufficio commessi: a) in violazione di norme di regolamento; b) in violazione di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse; c) in violazione di regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità. L'abolizione del reato, ai sensi dell'art. 2, co. 2 c.p. e dell'art. 673 c.p.p., comporterebbe l'archiviazione dei procedimenti in fase di indagine, il proscioglimento nei processi in corso e la revoca delle sentenze passate in giudicato (porrebbe peraltro al giudice dell'esecuzione complesse questioni circa la ricorrenza delle ipotesi di cui sopra, in particolare di quelle sub b) e c)". Tra i profili problematici l'Autore segnala che "la tesi dell'abolitio criminis potrebbe forse essere messa in dubbio qualora si riuscisse a dimostrare che il fatto abbia conservato rilevanza penale, senza soluzione di continuità, in quanto riconducibile alla modalità alternativa della condotta già presente al tempo del fatto e integrata dall'omessa astensione".*

<sup>15</sup> I primi commentatori hanno evidenziato che "*a seguito della riscrittura della sottofattispecie della violazione di norme di legge, pare essersi venuto a creare un profondo solco tra le due condotte tipiche: la situazione di conflitto di interessi è rilevante come abuso d'ufficio anche quando faccia difetto una specifica disciplina dell'astensione, nel senso che quest'ultima non trovi la sua fonte in una norma di legge; mentre la prima condotta tipica pare esigere una specifica regola di condotta espressamente di fonte legale*", tale aspetto potrebbe indurre a sovraccaricare la seconda condotta tipica anche con le ipotesi di eccesso di potere e le violazioni di norme di fonte regolamentare, così M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, 151 s.

o regolamenti”<sup>16</sup>. Tale premessa dovrebbe indurre a salvaguardare la solida dogmatica di categorie sottesa alla struttura (del reato) d’evento, che consente alla incriminazione di non ridursi a mera inosservanza di precetti.

Recuperare il disvalore d’evento conservando la penale rilevanza dello *sviamento di potere* consente di attribuire significato alle regole di condotta ‘finalizzate’, *norme preventive* che non esauriscono la loro portata precettiva nella disciplina del regolare e ordinato svolgimento della attività o funzione, ma orientano la condotta del soggetto giuridicamente qualificato allo scopo di impedire (o quantomeno ridurre) lesioni a carico degli interessi tutelati. Può così essere valorizzata l’*infedeltà* sottesa alla posizione di garanzia che (dis)orienta l’operato degli agenti pubblici in modo strumentale alla salvaguardia di beni diversi da quelli oggetto di tutela<sup>17</sup>. Detta *infedeltà* rischia di essere marginalizzata dalla riforma dell’abuso d’ufficio, che – senza un’adeguata selezione – pone fuori dalla fattispecie anche le ipotesi di deviazione dell’atto dalla causa tipica ovvero lo sfruttamento del pubblico ufficio per fini privati. Casi che, nonostante la base discrezionale, rivelano un eccesso di potere non certo *endo-amministrativo*, ma in grado di contraddire le leggi che governano il potere-facoltà conferito al pubblico agente e, dunque, in contrasto con le finalità istituzionali. Riguardo a questi ultimi lo scrutinio penale non dovrebbe certo dirsi pretermesso.

## 5. Eterogenesi dei fini o abolitio criminis mascherata?

Tornare all’analisi empirica dalla quale si è partiti può essere utile anche a comprendere le nobili finalità che hanno ispirato il legislatore. Infatti, se si leggono i dati (del quinquennio 2014-2018) relativi all’andamento dei procedimenti penali contenenti il reato di cui all’art. 323 c.p. e ci si sofferma sulle relative modalità di definizione potrà apprezzarsi l’ampio *gap* che separa il numero delle indagini avviate per *abuso d’ufficio* (diverse migliaia) da quello delle condanne (circa un centinaio)<sup>18</sup>.

Il dato – che correttamente letto induce a localizzare la criticità sistemica presso gli Uffici delle Procure – è confermativo di un tessuto normativo non

---

<sup>16</sup> Testualmente, G.L. GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’*, cit.

<sup>17</sup> Sul punto, limpidamente A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, 139.

<sup>18</sup> Il dato su base nazionale, riportato da ultimo in V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d’ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, Il Sole 24 Ore, 28 luglio 2020, è perfettamente allineato a quello messo in luce a livello locale dalla ricerca su “*Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance*” coordinata dal Prof. Andrea R. CASTALDO, presso l’Università degli Studi di Salerno, che ha scrutinato il dato statistico sui procedimenti per abuso d’ufficio nel distretto della Corte di Appello di Salerno nel quinquennio 2014-2018; in argomento, F. COPPOLA, *op. cit.*, 16 ss., nonché G. CIAGLIA, *L’abuso di ufficio tra amministrazione difensiva e ineffettività: l’esperienza del Distretto di Corte di Appello di Salerno*, dattiloscritto dell’intervento tenuto nell’ambito della presentazione dei risultati della ricerca del Progetto CUR, Palazzo Zapata, Napoli, 14.2.2020.

ispirato a logiche da diritto penale *accessorio*<sup>19</sup>. Eppure, la *voluntas legis* sembra appunto animata dal desiderio di contenere il numero di procedimenti e liberare la pubblica amministrazione dalle pastoie di una 'burocrazia difensiva', nella quale l'atteggiamento prudenziale del pubblico agente rischia di frenare – se non addirittura inceppare – l'*iter* amministrativo, puntando all'auto-protezione dai rischi (penali) del caos normativo anche attraverso la ben nota 'fuga dal potere di firma'<sup>20</sup>.

In tale ottica, la paralisi cui potrebbe essere destinata la fattispecie novellata sarebbe frutto di una eterogenesi dei fini: il legislatore punta a ridimensionare il controllo della magistratura sulla pubblica amministrazione, pretendendo che la violazione non riguardi più la 'norma', ma "regole di condotta" che le Procure dovrebbero contestare 'specificamente'. Tuttavia, tali *regole di condotta* vengono molto spesso ospitate proprio a bordo dei *regolamenti* espunti dallo stesso provvedimento riformatore, che ne limita la fonte alla *legge* o agli *atti aventi forza di legge*.

Se così non fosse, il decreto-semplificazione in esame sembrerebbe proprio orientato a 'banalizzare' il complesso, intervenendo con un provvedimento che cancella l'abuso d'ufficio (ipotesi per certi versi plausibile)<sup>21</sup>, senza esprimersi con una plateale (e poco giustizialista) *abolitio criminis*. Ponendo mente al fatto che la modifica dell'art. 323 c.p. si accompagna alla riforma della responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica (l'art. 21, decreto legge n. 76/2020 incide sull'art. 1, legge n. 20/1994), dietro quella mancanza di coraggio qualche riflesso populistico si è indotti a scorgerlo<sup>22</sup>. In ogni caso, così strutturata, tale revisione rischia di incarnare l'inutile *trasformismo* significativamente rappresentato da Tancredi Falconeri a suo zio, il principe di Salina: "Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi"<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Al riguardo, volendo, M. NADDEO, V. FERRARA, *L'abuso d'ufficio tra diritto e ragione*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 4/2019, 45 ss.

<sup>20</sup> Ha efficacemente segnalato tali aspetti, A.R. CASTALDO, *Il reato di abuso d'ufficio: caos normativo, inefficienza della P.A.*, in *Quotidiano giuridico*, 26 marzo 2019, 1; *Id.*, *Contro la corruzione una burocrazia rapida e trasparente*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Torino, 2016, 31; e con riferimento espresso alle indispensabili prospettive di riforma dell'abuso d'ufficio, *Id.*, *Abuso d'ufficio, la riforma che serve per rilanciare la PA*, in *I Commenti del Mattino*, 14 ottobre 2017, 51. Sul punto, le interessanti considerazioni di C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO e A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, 291 ss.

<sup>21</sup> Auspicano, tra gli altri, l'abrogazione dell'art. 323 c.p. L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.; S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, *ibidem*, 12 ss.

<sup>22</sup> Sulle presunte ragioni della riforma penale, M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, 133 ss.

<sup>23</sup> GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, Milano, 1997, 41.

# STAMPA E RECLUSIONE: QUANDO IL RISCHIO DI UNA RIFORMA È IL TRADIMENTO DEGLI OBIETTIVI

Laura Bacchini

Corte costituzionale, Ord., 9 giugno 2020, n. 132;  
Presidente: CARTABIA, Redattore: VIGANÒ

**Sommario:** **1.** Premessa. - **2.** L'*impasse* denunciata dai giudici rimettenti. - **3.** La ricerca di nuovi equilibri e le armi spuntate della Consulta: le ragioni del rinvio. - **4.** Il cd. *Chilling effect* tra giurisprudenza della Corte Edu e prassi applicativa interna. - **5.** Il panorama attuale e i rischi *de iure condendo*. - **6.** Aspetti positivi di una riforma e conclusioni.

## ABSTRACT

*La Consulta ha rinviato di un anno la decisione sulla legittimità costituzionale degli artt. 595, co. 3 c.p. e 13 della Legge n. 47 del 1948, nella parte in cui prevedono, rispettivamente in via alternativa e cumulativa alla multa, la pena della reclusione. L'attuale bilanciamento degli interessi in gioco è stato definito "inadeguato" dalla stessa Corte, ma il principio di leale collaborazione istituzionale e, soprattutto, i limiti del devolutum - che non consentirebbero di introdurre correttivi adeguati alla tutela del diritto alla reputazione, anch'esso di rilevanza centrale nell'ordinamento costituzionale - hanno imposto di rimettere al Parlamento la questione. Il naufragio delle numerose proposte di riforma che si sono susseguite negli ultimi decenni rende tuttavia evidente come il raggiungimento dei nuovi equilibri non sia affatto agevole.*

*The Constitutional Court ordered a one-year postponement of its ruling on the constitutional legitimacy of art. 595, Penal Code, and art. 13, Law n. 47 of 1948, whereby they provide for incarceration terms, respectively, as an alternative or jointly to fine. The Court deemed the current balance of conflicting interests 'inadequate'. Nevertheless, loyal cooperation between institutions and, above all, constraints due to the devolutum principle -that would not allow the introduction of appropriate safeguards for the right to reputation, which also is a cornerstone of the Constitution- dictated the matter be sent back to Parliament. However, the failure of previous attempts, in the last decades, to reform the subject makes it conspicuous how arduous finding a new arrangement may prove.*

## 1. Premessa.

Ancora una volta, le ardenti aspettative legate alla rimodulazione delle pene per il reato di diffamazione a mezzo stampa sono state disattese. L'attuale disciplina ha infatti già strenuamente resistito all'avvicinarsi di numerosi progetti di riforma<sup>1</sup>, alle pressioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e a quella di altri organismi comunitari. L'ultima disillusione è legata al provvedimento della Consulta, chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale degli artt. 595, co. 3 c.p. e 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui prevedono la pena della reclusione (rispettivamente in via alternativa e cumulativa alla multa)<sup>2</sup>. La decisione è stata rinviata al 22 giugno 2021, per consentire al Parlamento di intervenire sulla materia<sup>3</sup>, nello spirito di una «*leale collaborazione istituzionale*». Anticipando le motivazioni mediante un comunicato<sup>4</sup>, la Corte ha rilevato come la soluzione delle questioni sottoposte richieda «*una complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale*». Considerato, inoltre, «*che vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere*», la Consulta ha concluso auspicando un intervento urgente del Parlamento per una rivisitazione dell'attuale bilanciamento, che si ritiene «*inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU*», in parte richiamata nell'ordinanza.

---

<sup>1</sup> A volte per la ferma opposizione da parte della categoria. Si pensi, ad esempio, alla sollevazione nell'ambito della campagna contro il disegno 925B, d'iniziativa parlamentare di Enrico Costa (poi divenuto S.119B), il cui testo è reperibile in <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Pdf/gi0055b.pdf>. Per avere un'idea si riporta una notizia apparsa su Repubblica: «*Nodiffamazione.it è l'indirizzo del sito web attraverso il quale un pugno di associazioni, giuristi e giornalisti ha lanciato una campagna di sensibilizzazione e di mobilitazione per fermare il disegno di legge 925-b che secondo i firmatari dell'appello #Meglioilcarcere rischia di zittire le denunce di giornali, siti e blog contro il malaffare e la corruzione (...) All'iniziativa, lanciata dall'associazione Articolo21, hanno via via aderito Libera Informazione, l'Associazione Nazionale Stampa Online (Anso), la Federazione Nazionale della Stampa (Fnsi) e il sindacato dei giornalisti Rai (Usigrai). Tra i firmatari più noti ci sono Stefano Rodotà, Milena Gabanelli, Marco Travaglio, Vauro, Lucia Annunziata e Liana Milella, oltre che alcuni giornalisti d'inchiesta più volte minacciati dalla mafia e per questo sotto scorta come Federica Angeli, Lirio Abbate e Giovanni Tizian. Anche Paolo Butturini dell'associazione Stampa romana, l'ex parlamentare Beppe Giuliotti, il presidente di Casagit Daniele Cerrato ed Enzo Iacopino dell'Ordine dei giornalisti Rai hanno firmato l'appello*». [https://www.repubblica.it/tecnologia/2015/01/07/news/diffamazione\\_partita\\_la\\_campagna\\_di\\_mobilitazione\\_contro\\_la\\_legge-104480060/](https://www.repubblica.it/tecnologia/2015/01/07/news/diffamazione_partita_la_campagna_di_mobilitazione_contro_la_legge-104480060/).

<sup>2</sup> Le questioni sono state sollevate con due ordinanze: una del 9 aprile 2019, iscritta al n. 140 del r.o. 2019, emessa dal Tribunale ordinario di Salerno, sezione seconda penale; l'altra del 16 aprile 2019, iscritta al n. 149 del r.o. 2019, emessa dal Tribunale ordinario di Bari, sezione prima penale.

<sup>3</sup> Analogamente a quanto avvenuto con l'ordinanza della Corte costituzionale 24.10.2018 n. 207, in tema di aiuto al suicidio.

<sup>4</sup> Comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte Costituzionale, del 9 giugno 2020.

Tale giurisprudenza, al di fuori di «*ipotesi eccezionali*», considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, anche quando esse siano sospese o in concreto non eseguite. Ciò per l'esigenza di non dissuadere la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria fondamentale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri.

Il naufragio dei tentativi di riforma che si sono susseguiti negli ultimi decenni<sup>5</sup> rende tuttavia evidente come il compito demandato al Parlamento sia tutt'altro che agevole, perché gli interventi di "riequilibrio" sono forieri di enormi criticità legate al rischio di un'amplificazione dell'effetto deterrente per la stampa. Peraltro, si segnala come nessuno dei disegni di legge pendenti affronti il tema delle condotte eccezionali che renderebbero proporzionata la pena della reclusione.

## 2. L'impasse denunciata dai giudici rimettenti.

Entrambi i giudici rimettenti ritengono che la previsione della pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato si ponga in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, il Tribunale ordinario di Salerno ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma<sup>6</sup>, del codice penale e dell'art. 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47<sup>7</sup> nell'ambito di un processo concernente un giornalista ed un direttore responsabile (al quale è stato conte-

---

<sup>5</sup> Si segnalano, tra i tanti, il disegno di legge n. 3176 del 2004, commentato da LONGO, *La riforma del delitto di diffamazione tra esigenze punitive e cause di non punibilità*, in *Diritto penale e processo*, n. 12/2005, 1559 ss. Il testo approvato dalla Camera nell'ottobre del 2004 prevedeva come pena principale la multa e come pena accessoria, in caso in cui sussistesse l'aggravante del fatto determinato con il mezzo della stampa, l'interdizione temporanea dalla professione di giornalista; la cancellazione della riparazione pecuniaria, la riduzione ad un anno del termine di prescrizione dell'azione civile; la possibile condanna per lite temeraria; l'introduzione di un tetto massimo del danno non patrimoniale risarcibile. Per un'analisi più dettagliata, PEZZELLA, *La diffamazione*, Torino, 2020, 426 ss. In data 13 maggio 2013 è stato presentato anche il disegno di legge Costa che riproduceva il testo del d.d.l. 3176, approvato dalla Camera dei Deputati, modificato dal Senato e nuovamente dalla Camera. Il disegno si è arenato nel 2017, all'esame della Commissione Giustizia del Senato. Per un commento GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2016.

<sup>6</sup> L'articolo sanziona l'offesa recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516.

<sup>7</sup> L'articolo prevede, per la diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000 (pari a 258 euro).

stato il reato di omesso controllo<sup>8</sup>), per aver attribuito alle persone offese l'appartenenza ad un sodalizio mafioso, ipotesi non corrispondente agli atti processuali.

L'ordinanza del Tribunale di Bari è, invece, circoscritta al solo art. 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 e sorge da un processo che vede imputato del delitto di diffamazione il solo direttore di un quotidiano, in relazione ad un articolo non firmato, in cui si attribuisce alla persona offesa la cessione di sostanze stupefacenti, nonostante l'avvenuto proscioglimento per tale fatto. Il rimettente, in tal caso, precisa che «*la questione di legittimità costituzionale sollevata mira a una pronuncia che renda la pena detentiva applicabile in via alternativa e non più cumulativa rispetto alla pena pecuniaria*», analogamente a quanto previsto per le altre forme di diffamazione contemplate dai primi due commi<sup>9</sup>.

A nulla rileva anche l'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità, condiviso dalla dottrina<sup>10</sup>, secondo cui l'art. 13 non costituisce reato autonomo, ma circostanza aggravante complessa<sup>11</sup>. L'*exit strategy* del bilanciamento di circostanze non esclude, comunque, l'effetto dissuasivo della previsione della reclusione rispetto all'attività giornalistica<sup>12</sup>.

### 3. La ricerca di nuovi equilibri e le armi spuntate della Consulta: le ragioni del rinvio.

Nel provvedimento in commento, la Consulta ritiene «*necessaria e urgente*» la rimediazione del bilanciamento tra: la libertà di manifestazione del pensiero, riconducibile all'art. 21 Cost., secondo cui tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, e gli «*altri interessi e diritti, parimenti di rango co-*

---

<sup>8</sup> L'art. 57 c.p. in tema di omesso controllo da parte del direttore responsabile, prevede testualmente: «*salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo*».

<sup>9</sup> In tal modo, si legge nell'atto, il giudice potrebbe verificare «*in concreto la sussistenza delle circostanze eccezionali in cui la gravità della condotta e dell'offesa che ne deriva giustifica l'irrogazione di una pena detentiva, lasciando così un adeguato spazio discrezionale utile per conformare la decisione giurisdizionale nazionale ai principi dell'ordinamento CEDU in materia*».

<sup>10</sup> «*Unica voce contraria è quella di Nuvolone, ad avviso del quale il mezzo della stampa integrebbe l'elemento costitutivo di un reato autonomo*», così SAVANI, Sub art. 595, in op. cit., 458.

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. V, 19.10.1989

<sup>12</sup> Inoltre, come osservato dal Tribunale di Salerno, da un lato, quando «*la circostanza aggravante di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948 operi da sola ovvero in concorso con altre circostanze aggravanti, il giudice dovrebbe comunque applicare la pena detentiva congiuntamente alla pena pecuniaria; dall'altro lato, in caso di concorso tra circostanze eterogenee, sarebbe rimesso alla discrezionalità del giudice l'eventuale giudizio di prevalenza o equivalenza delle circostanze attenuanti rispetto all'aggravante in parola*».



stituzionale, che ne segnano i possibili limiti, tanto nell'ottica costituzionale quanto in quella convenzionale». Tra questi viene in rilievo proprio il diritto alla reputazione<sup>13</sup>.

Quella tra i due interessi in gioco può essere descritta come una relazione funzionale tra due variabili, tale che l'accrescere della tutela dell'una risulta incompatibile con la crescita dell'altra, comportandone, anzi, una contrazione.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonostante l'art. 10 della Convenzione richiami espressamente la reputazione come limite alla libertà di opinione<sup>14</sup>, attribuisce un peso maggiore alla libertà di stampa<sup>15</sup>, cui è correlato il diritto dei cittadini ad essere informati.

Un nuovo equilibrio «interno» tra i due piatti – attualmente fondato sulla previsione delle pene suindicate, nel caso in cui non siano rilevabili le scriminanti del diritto di cronaca e di critica, entrambe pacificamente riconducibili alla causa di giustificazione contemplata nell'art. 51 c.p.<sup>16</sup>, secondo i criteri

---

<sup>13</sup> La Corte costituzionale riconosce tale diritto come «*inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost. (sentenze n. 37 del 2019, n. 379 del 1996, n. 86 del 1974 e n. 38 del 1973)*» e «*componente essenziale del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione (...) Un diritto, altresì, connesso a doppio filo con la stessa dignità della persona (sentenza n. 265 del 2014 e, nella giurisprudenza di legittimità, ex plurimis Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 28 ottobre 2010, n. 4938), e suscettibile di essere leso dalla diffusione di addebiti non veritieri o di rilievo esclusivamente privato*». Si può osservare come la tutela costituzionale dell'onore sia implicita e trovi i propri addentellati nell'art. 3, che menziona «la pari dignità sociale» e nell'art. 2 della Costituzione, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Sul tema SAVANI, Sub art. 595, in LATTANZI, LUPO, (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume VII, Milano, 2015, 419. Per un approfondimento sul bene giuridico tutelato dal reato di diffamazione, SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, (voce), in *DDP pen.*, Volume VII, Torino, 2008, 32 e ss.

<sup>14</sup> Infatti, nel richiamare i doveri e le responsabilità sottese all'esercizio della libertà di opinione, si specifica che esso può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge, che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario. Mentre l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vincolante dal 2009, recita: «*ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*».

<sup>15</sup> La tutela della libertà di stampa trova riscontro, oltre che in ambito interno e comunitario, anche a livello internazionale con gli artt. 1812 e 1913 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e gli artt. 18 e 19 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, siglato a New York il 19.12.1966.

<sup>16</sup> Quest'ultima, si ricorda, assiste il giornalista quando siano rispettati i parametri della verità dei fatti narrati (anche nella forma putativa), della rilevanza pubblica della informazione e della continenza espressiva. Si tratta di criteri tra loro connessi, in quanto, ad esempio, non vi può essere interesse pubblico ad una notizia falsa, mentre gli strumenti espressivi utilizzati dai giornalisti possono incidere sulla verità della informazione, distorcendone il contenuto. Anche eventuali

enucleati dalla giurisprudenza di legittimità in funzione nomofilattica – deve essere rinvenuto<sup>17</sup>.

A ben vedere, l'esame delle motivazioni dell'ordinanza in commento rende chiaro come l'esigenza di rinvio alligni non tanto nel rispetto del *fair play* istituzionale, quanto in un clima di preoccupazione legato alla necessità di una riforma organica della materia.

Se l'eliminazione della reclusione fosse rimessa alla Corte costituzionale, come richiesto, un simile intervento scunterebbe pericolosamente «*la limitatezza degli orizzonti del devolutum e dei rimedi a sua disposizione*»<sup>18</sup>, lasciando indebitamente scoperta la tutela della reputazione individuale «*contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni*»<sup>19</sup>. Dovrebbero, invece, essere coniugate «*le esigenze di garanzia della libertà giornalistica (...) con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato*». La Corte menziona, all'uopo, il problema dell'amplificazione degli effetti delle diffamazioni veicolate dai *social networks* e dai motori di ricerca in rete.

Non può che essere rimesso al legislatore il delicato compito di ricercare un nuovo equilibrio, ma la Corte si spinge a segnalare il percorso che il Parlamento dovrà intraprendere, contemplando «*non solo il ricorso – nei limiti della proporzionalità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito – a sanzioni penali non detentive*» ma anche «*rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati (come, in primis, l'obbligo di rettifica)*», «*efficaci misure*

dubbi sulla esistenza della scriminante impongono, quando la prova sia insufficiente o contraddittoria, il proscioglimento, ai sensi dell'art. 530, comma 3, c.p.p. Per il dibattito circa la natura della scriminante si rinvia a PEZZELLA, *op. cit.*, Torino, 2020, 347. Sulla configurabilità putativa della causa di giustificazione, *ex multis*, Cass. pen. Sez. V Sent., 18.04.2019, n. 21145, secondo cui la regola dettata dall'art. 59 c.p., comma 4, in riferimento all'esercizio del diritto di critica, può trovare applicazione anche nei casi di ragionevole e giustificabile convinzione circa la veridicità dei fatti denunciati, lesivi dell'altrui reputazione (analogamente, Cass. pen. Sez. V, 20.03.2007, n. 27283; Cass. pen., Sez. II, 4.7.2007, n. 32859).

<sup>17</sup> Sul tema del bilanciamento degli interessi, GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013.

<sup>18</sup> La Corte, nell'ordinanza in commento, menziona espressamente il «*rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale*».

<sup>19</sup> Anche in dottrina, si è sottolineato come si tratta di «*bene costituzionale primario, pertinente – in tesi – a quei beni giuridici senza i quali l'uomo non può realizzarsi nelle forme minime esistenziali*», così ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 14 ss., citato da SIRACUSANO, *op. cit.*, 34. GULLO, *Delitti contro l'onore*, in VIGANÒ, PIERGALLINI, (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, 129. Alla tutela dell'onore in ambito costituzionale e internazionale, dedica ampio spazio PACILEO, *Reati contro la persona*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, Tomo II, Milano, 2016, 21 ss. Sul concetto di onore, SPASARI, *Diffamazione e ingiuria*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 482. Sul bene protetto dalla norma si segnala: FUMO, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, 7 ss.; PEZZELLA, *op. cit.*, 6 ss.; CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 3 ss.

*di carattere disciplinare, rispondendo allo stesso interesse degli ordini giornalistici pretendere, da parte dei propri membri, il rigoroso rispetto degli standard etici che ne garantiscono l'autorevolezza e il prestigio, quali essenziali attori del sistema democratico».* La Consulta ricorda al legislatore che in tale operazione quest'ultimo «potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio»<sup>20</sup>.

#### 4. Il cd. *Chilling effect* tra giurisprudenza della Corte Edu e prassi applicativa interna.

Dopo aver dato atto dei diversi interventi delle parti<sup>21</sup>, la Corte costituzionale ha ripercorso i passaggi salienti di alcune delle pronunce della Corte di Strasburgo in materia di libertà di espressione, accennando anche ai diversi documenti degli organi politici del Consiglio d'Europa, destinati a raccomandare agli Stati membri di rinunciare alle sanzioni detentive per il delitto di diffamazione «allo scopo di tutelare più efficacemente la libertà di espressione dei giornalisti e, correlativamente, il diritto dei cittadini a essere informati».

Tra i casi della giurisprudenza della Corte EDU menzionati dalla Consulta, merita particolare attenzione la sentenza della Grande Camera del 17 dicembre 2004, Cumpănă e Mazăre c. Romania, i cui principi vengono costantemente ribaditi nelle successive pronunce<sup>22</sup>. La Corte era stata chiamata ad esaminare il ricorso di due giornalisti, condannati per diffamazione. L'affermazione di responsabilità nei loro confronti è stata ritenuta legittima, ma la condanna alla pena non sospesa a sette mesi di reclusione (ancorché in concreto non eseguita per effetto di un provvedimento di grazia presidenziale), è stata qualificata come «*interferenza sproporzionata*», – e pertanto «*non necessaria in una società democratica*» ai sensi dell'art. 10, paragrafo 2, della Convenzione. Ciò a fronte dell'essenziale ruolo rivestito dalla stampa, di «ca-

<sup>20</sup> Vi è poi un ulteriore profilo da prendere in considerazione. I primi due commi dell'art. 595 c.p. prevedono la reclusione, anche se alternativa alla multa; quindi l'eliminazione *tout court* della pena detentiva per l'art. 13 (come richiesto dal Tribunale di Bari) creerebbe una rilevante aporia a livello di sistema, per cui la fattispecie non aggravata verrebbe astrattamente sanzionata con la pena della reclusione (seppur alternativa e comunque non applicabile essendo di competenza del giudice di pace) mentre quella pluriaggravata no.

<sup>21</sup> Tra i soggetti intervenuti si segnala il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti, ai sensi dell'art. 4 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, ammesso in quanto titolare di un interesse qualificato in relazione alla competenza disciplinare attribuitagli dall'art. 20, co. 1, lett. d) della l. 3 febbraio 1963, n. 69. La Federazione nazionale della stampa italiana, ha presentato un'opinione scritta in qualità di *amicus curiae*, così come il Sindacato cronisti romani presso l'Associazione Stampa Romana.

<sup>22</sup> C. eur. dir. Uomo, 6.12.2007, Katrami c. Grecia; C. eur. dir. Uomo, 24.9. 2013, Belpietro c. Italia; C. eur. dir. Uomo. 7.3. 2019, Sallusti c. Italia.

ne da guardia» della democrazia<sup>23</sup>. Se è infatti riconosciuta agli Stati membri la facoltà (se non addirittura il dovere) di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare per legge un'adeguata tutela della reputazione, anche ai sensi dall'art. 8 della Convenzione, essi devono evitare «di adottare misure idonee a dissuadere i media dallo svolgere il loro compito di avvisare il pubblico in caso di apparenti o presunti abusi dei pubblici poteri. I giornalisti di inchiesta potrebbero mostrarsi reticenti a esprimersi su questioni di interesse generale (...) se corrono il rischio di essere condannati, quando la legislazione prevede sanzioni di questo tipo per gli attacchi ingiustificati contro la reputazione altrui, a pene detentive o che comportano il divieto di esercitare una professione. L'effetto dissuasivo che il timore di sanzioni di questo tipo comporta per l'esercizio da parte di tali giornalisti della loro libertà di espressione è evidente (...). Nocivo per la società nel suo complesso, fa anch'esso parte degli elementi da prendere in considerazione in sede di valutazione della proporzionalità – e dunque della giustificazione – delle sanzioni inflitte (...). Se la fissazione delle pene è, in linea di principio, appannaggio dei giudici nazionali, la Corte considera che una pena detentiva inflitta per un reato commesso nell'ambito della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica sancita dall'articolo 10 solo in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali siano stati gravemente lesi, come nel caso, ad esempio, della diffusione di un discorso di odio o di incitazione alla violenza (...)». Analogamente, nei casi "italiani" che hanno visto come parti ricorrenti i giornalisti Belpietro<sup>24</sup> e Sallusti<sup>25</sup>, la Corte

<sup>23</sup> C. eur. dir. uomo, 27.3.1996, Goodwin c. Regno Unito, paragrafo 39.

<sup>24</sup> Così, C. eur. dir. Uomo, 24.9.2013, Belpietro c. Italia. Il ricorrente, era chiamato a rispondere, quale direttore responsabile del quotidiano «Il Giornale», di un articolo a firma di altro giornalista, intitolato «Mafia, tredici anni di scontri tra p.m. e carabinieri». Anche in tal caso, come in quello Sallusti, si tratta di una vicenda che vede coinvolta la magistratura. La Corte d'appello di Milano ritenne che intento dell'articolo fosse quello di denigrare la Procura di Palermo e che sarebbe stata necessaria una maggiore attenzione circa il controllo sulla veridicità di quanto sostenuto nell'articolo. Belpietro venne così condannato a quattro mesi di reclusione, pena sospesa, oltre al risarcimento del danno.

<sup>25</sup> C. eur. dir. Uomo, 7.3.2019, Sallusti c. Italia. La vicenda merita di essere brevemente riportata così come sintetizzata nel provvedimento mentovato: «Il 17 febbraio 2007 uno dei principali giornali italiani, La Stampa, pubblicò un articolo riguardante la vicenda di una tredicenne che aveva abortito. L'articolo asseriva che la ragazza era stata costretta ad abortire dai genitori e da G.C., il giudice tutelare che aveva autorizzato la procedura. Il giorno stesso fu successivamente comunicato che non erano state esercitate pressioni sull'adolescente e che la stessa aveva deciso da sola di interrompere la gravidanza. Tale precisazione fu ampiamente diffusa da diverse fonti. Il 18 febbraio 2007 furono pubblicati due articoli su Libero concernenti gli avvenimenti relativi all'adolescente. Nonostante le precisazioni diffuse il giorno prima da altri mezzi di comunicazione, entrambi gli articoli riferivano che la ragazza era stata costretta ad abortire dai genitori e dal Giudice. Il primo articolo, scritto da una persona ignota utilizzando lo pseudonimo di "Dreyfus", era intitolato "Il giudice ordina l'aborto. La legge più forte della vita". Il secondo articolo, scritto dal giornalista A.M., era intitolato "Costretta ad abortire dai genitori e dal giudice". Detta situazione si distingue dalle precedenti perché il giornalista ha effettivamente trascorso ventuno giorni di detenzione domiciliare prima dell'intervento del Presidente della Repubblica italiana, che

di Strasburgo ha sì ritenuto legittima l'affermazione da parte dei giudici della responsabilità penale – stante la non veridicità e la gravità degli addebiti rivolti alle persone offese, in assenza dei doverosi controlli da parte degli imputati – ma ha, altresì, ritenuto sproporzionata l'inflizione nei loro confronti di una pena detentiva, ancorché condizionalmente sospesa o commutata da un provvedimento del Presidente della Repubblica.

In altre parole, l'effetto dissuasivo («*chilling effect*») va impedito<sup>26</sup>, a garanzia della libertà dei giornalisti nell'attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle loro indagini. La pena detentiva può permanere, non è chiaro in quali casi, perché i discorsi di odio («*hate speech*») e di incitazione alla violenza<sup>27</sup> sembrano meri esempi, seppur ricorrenti, delle eccezioni possibili. L'estensione dell'inciso «*quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi*» è incerta, ma, per quanto di interesse, il riferimento ad «*altri diritti*» esclude il diritto alla reputazione tra quelli che possono consentire il ricorso alla pena detentiva.

ha convertito la pena in sanzione pecuniaria. La Corte, nel richiamare quanto già affermato nei precedenti arresti, ha nuovamente ribadito che le pene detentive possono essere compatibili con la libertà di espressione dei giornalisti «*soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza*». La commutazione della pena, essendo misura soggetta al potere discrezionale del Presidente della Repubblica e che lascia intatti gli effetti penali della loro condanna non incide su tali principi. La conclusione è che la sanzione penale inflitta nel caso di specie è stata ritenuta per natura e severità manifestamente sproporzionata al fine legittimo invocato. I tribunali interni hanno ecceduto quella che avrebbe costituito una «necessaria» restrizione della libertà di espressione del ricorrente. L'ingerenza non risultando «necessaria in una società democratica», ha integrato una violazione dell'articolo 10 della Convenzione. Il provvedimento è commentato da CONTI, in *Diritto penale e processo* 1/2014, 122 ss. Si segnala, per un commento alla vicenda, PACILEO, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del "caso Sallusti"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 maggio 2013.

<sup>26</sup> La questione è sollevata con chiarezza dai giudici rimettenti. Il Tribunale di Salerno sul punto ritiene impossibile «*adottare un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme censurate, ritenendo soggette a pena detentiva "esclusivamente le condotte diffamatorie a mezzo stampa che rivestano i caratteri dell'eccezionalità"*. Tale interpretazione si porrebbe infatti in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, corollari del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., che impedirebbero al giudice di integrare la norma incriminatrice con il requisito dell'eccezionalità, ricordando come "contorni e confini", debbano "essere determinati puntualmente dal legislatore, cui spetta in via esclusiva il potere di legiferare in materia penale". Il Tribunale di Bari rileva come non «*sarebbe praticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata, che considerasse irrogabile la pena detentiva in relazione alle sole condotte diffamatorie concretantisi in incitazione all'odio, alla discriminazione o alla violenza: una simile opzione ermeneutica, creativa e arbitraria, slegata dal dato letterale, ed esorbitante rispetto alla funzione giurisdizionale risulterebbe infatti contraria al principio di legalità e lesiva degli artt. 25 e 101 Cost.*».

<sup>27</sup> Si segnala C. eur. dir. uomo, sez. V, 3 ottobre 2019, Pastörs c. Germania, in cui la Corte ha ritenuto che non vi fosse violazione dell'art. 10 della Convenzione, nell'applicazione della pena detentiva in una ipotesi di negazionismo.

Si segnala, infine, come in altre pronunce della Corte EDU, venga addirittura stigmatizzato il ricorso ad una sanzione penale, anche pecuniaria<sup>28</sup> sostenendo che se «*l'importo delle multe può di per sé non sembrare eccessivo (...) una sanzione penale resta comunque una pena e, in quanto tale, rischia di avere un effetto particolarmente dissuasivo sull'esercizio della libertà di espressione*<sup>29</sup>».

## 5. Il panorama attuale e i rischi *de iure condendo*.

Va rilevato fin d'ora che se il numero dei processi per diffamazione in Italia è indubbiamente considerevole, quello di condanne alla reclusione è attualmente contenuto. Tali condanne, peraltro, di prassi, non vengono eseguite.

La Suprema Corte, inoltre, si è dimostrata progressivamente sempre più sensibile alla tematica in esame. Recentemente, in un processo per diffamazione, anche in tal caso ai danni di un magistrato, gli ermellini richiamando la sentenza della Corte EDU sulla vicenda Sallusti c. Italia, del 7 marzo 2019, ritenendo non sussistente alcuna delle circostanze eccezionali, ha accolto la doglianza espressa dalla difesa in relazione all'entità della pena inflitta (tre mesi di reclusione) seppur condizionalmente sospesa<sup>30</sup>.

Non è tuttavia la prassi applicativa che conta, ma l'astratta previsione della reclusione, che va comunque eliminata.

Come reso evidente dai numerosi tentativi di riforma non andati a buon fine, a volte, come già accennato in premessa per la ferma opposizione dei giornalisti, l'eliminazione della pena detentiva non risolve affatto il delicatissimo tema della tutela della libertà di stampa, quale strumento essenziale in una democrazia, anzi<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> C. eur. dir. Uomo, 16.1.2020, M. e B. c. Italia. Il caso riguardava la condanna di due giornalisti a versare alle parti civili la somma provvisoria di 120.000 EUR a titolo di risarcimento danni, oltre alle spese per un importo di 33.500 EUR per tre gradi di giudizio, con rinvio dinanzi al giudice civile ai fini della determinazione esatta del pregiudizio morale subito dalle parti civili.

<sup>29</sup> C. eur. dir. Uomo, 31.05.2016, N. c. Russia.

<sup>30</sup> Cass. Pen., Sez. V, 10.7.2019, n. 38721.

<sup>31</sup> Seppur auspicata dal rappresentante dell'OSCE (Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa) neanche una vera e propria depenalizzazione, peraltro presa in considerazione dalla Consulta, garantirebbe meglio la libertà di stampa. In sede civile le richieste di risarcimento sono spesso di elevatissimo (a volte irragionevole) importo. La riforma del 2009, in tema di lite temeraria, non si è dimostrata adeguata ad arginare il fenomeno. La questione dell'accantonamento in bilancio dei costi prevedibili derivanti dai processi costituisce, per i giornali, un problema reale. Il tema è affrontato da Di PIETRO, *Diffamazione. Chiedi danni milionari e sbilanci l'editore*, in *Ossigeno per l'informazione*, reperibile su [https://www.flamminiiminuto-chiocci.it/public/ pubblicazioni/Diffamazione.\\_Chiedi\\_danni\\_milionari\\_e\\_sbilanci\\_l'editore.pdf](https://www.flamminiiminuto-chiocci.it/public/ pubblicazioni/Diffamazione._Chiedi_danni_milionari_e_sbilanci_l'editore.pdf). Sotto quest'ottica ben vengano provvedimenti volti ad incidere sulle querele aventi scopi intimidatori. Diversa è poi anche l'estensione del danno risarcibile, potendosi configurare un danno ingiusto anche in caso di responsabilità colposa, ai sensi dell'art. 2043 c.c., cosa ovviamente non prefigurabile in sede penale. Sul tema della depenalizzazione, CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, 12-13, critica l'orientamento che

Se il nuovo bilanciamento necessita, come accennato, di correttivi, l'attenzione deve essere concentrata sui rischi ad essi connessi.

Diverse sono le iniziative, che nel corso dell'attuale legislatura<sup>32</sup>, prevedono l'eliminazione della pena detentiva per il delitto di diffamazione. Tra questi, il d.d.l. Caliendo, ha avuto un *iter* più articolato rispetto agli altri e fornisce senz'altro un quadro plausibile di quella che potrebbe essere una riforma.

Fattore comune alle proposte di riforma è, in primo luogo, la modifica dell'art. 1 della legge sulla stampa, con l'estensione della normativa anche alle testate giornalistiche *on line*, registrate ai sensi dell'art. 5, limitatamente ai contenuti prodotti, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, nonché alle testate giornalistiche radiotelevisive<sup>33</sup>. Ne consegue un recepimento della più recente giurisprudenza di legittimità che rende punibile, tra l'altro, an-

---

riteneva preferibile una tutela di carattere esclusivamente civilistico, a fronte della «*inafferrabilità del bene giuridico*».

<sup>32</sup> S.812 – Sen. Giacomo Caliendo (FI-BP), *Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile, in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto diffamato*, presentato al Senato il 20 settembre 2018, in stato di relazione il 7 luglio 2020; C.416 On. Walter Verini (PD) e altri, *Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 3 febbraio 1963, n. 69, in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di contrasto delle liti temerarie, di segreto professionale e di istituzione del Giuri per la correttezza dell'informazione*, presentato alla Camera il 27 marzo 2018, assegnato il 28 settembre 2018; C.1700, On. Mirella Liuzzi (M5S) e altri, *Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione e di condanna del querelante*, 26 marzo 2019: *Presentato alla Camera il 26 marzo 2019, assegnato il 5 luglio 2019*.

<sup>33</sup> Sulle implicazioni si rinvia a ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in *Dir. inform. e informatica*, 1998, 1; BACCHINI, *Il sequestro di un forum on line: l'applicazione della legge sulla stampa tutelerebbe la libertà di manifestazione di pensiero in internet?*, in *Dir. inform. e informatica*, 2009, 3, 526 ss.

Si segnala il recente orientamento giurisprudenziale, secondo cui: «*un quotidiano o un periodico telematico è strutturato come un vero e proprio giornale tradizionale, con una sua organizzazione redazionale e un direttore responsabile (spesso coincidenti con quelli della pubblicazione cartacea), non potendo, per converso, paragonarsi ai siti web innanzi citati, in cui chiunque può inserire dei contenuti, ed assumendo, invece, una sua peculiare connotazione, funzionalmente coincidente con quella del giornale tradizionale. Ne consegue che appare incongruente, sul piano della ragionevolezza, ritenere che non soggiaccia alla stessa disciplina prevista per quest'ultimo*» (Cass. pen. Sez. V Sent., 23.10.2018, n. 1275. a Corte ha così ritenuto applicabile l'art 57 c.p. al direttore responsabile di un periodico on line); alla stessa conclusione, per le testate telematiche, Cass. pen. Sez. V Sent., 19.2.2018, n. 16751. Sul tema, anche Cass. pen., S.U. 29.1.2015, n. 31022, per cui «*il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, perchè ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea*». In precedenza, si segnala l'orientamento contrario Cass. pen. Sez. V Sent., 05.11.2013, n. 10594 che definiva arbitraria l'assimilazione tra stampa e telematica; Cass. pen. Sez. V, Sent., 28.10.2011, n. 44126; Cass. pen. Sez. V Sent., 16.7.2010, n. 35511.

che il direttore della testata telematica, con competenza territoriale radicata nel luogo di residenza della persona offesa.

Oltre a tale imponente estensione del perimetro applicativo delle norme, vanno segnalati, alcuni aspetti che si assumono particolarmente rischiosi ai fini del *chilling effect*. Primo tra tutti è l'incremento del minimo edittale delle sanzioni pecuniarie. Le proposte di riforma prevedono, per la diffamazione a mezzo stampa, in caso di attribuzione di un fatto determinato, «*la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità*», la pena della multa da 10.000 euro a 50.000 euro<sup>34</sup>. La modifica avrebbe un impatto notevole, considerato che l'art. 13 della legge sulla stampa prevede attualmente una sanzione minima di importo risibile (258 euro). Un minimo edittale fissato a 10.000 euro appare significativo dal punto di vista deterrente<sup>35</sup>, ancor più se parametrato al reddito medio dei giornalisti (soprattutto liberi professionisti)<sup>36</sup>.

La diffamazione commessa col mezzo della stampa, di testate giornalistiche *on line* registrate ai sensi dell'art. 5 o della radiotelevisione, verrebbe punita con la pena della multa da 5.000 a 10.000 euro, a fronte dell'attuale pena, prevista dall'art. 595 co. 3, della multa (alternativa alla reclusione) non inferiore ad euro 516. Il limite minimo edittale è anche in tal caso notevolmente aumentato, mentre il massimo edittale, parametrato ora alle previsioni di cui all'art. 24 c.p., dovrebbe essere fissato a 10.000 euro<sup>37</sup>.

Gli importi stabiliti sembrano trascurare i *free lance*, le piccole e medie testate giornalistiche, la cui libertà di pubblicare articoli "rischiosi", che offendano l'altrui reputazione, verrebbe senz'altro minata.

Tra gli altri aspetti, che rischiano di potenziare un effetto di "autocensura" figura poi quello della interdizione dalla professione, come pena accessoria<sup>38</sup>. La modifica, in tal caso, sarebbe notevolmente peggiorativa rispetto allo sta-

<sup>34</sup> Così il disegno legge proposto il 28 settembre 2018 dal senatore Giacomo Caliendo, approvato a giugno dalla Commissione. Analoghe previsioni, in termini di pena pecuniaria, sono recepite nella proposta di legge d'iniziativa del deputato Verini (A.C. 416) e delle deputate Liuzzi e Businarolo, presentata alla Camera col n. 1700, il 26 marzo 2019.

<sup>35</sup> In passato, il d.d.l. Costa (D.d.l. C 925), approvato in prima lettura dalla Camera il 17 ottobre 2013, aveva addirittura previsto, in caso di diffamazione a mezzo stampa, in caso di offesa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui diffusione fosse avvenuta con la consapevolezza della sua falsità, l'applicazione della pena della multa da 20.000 euro a 60.000 euro.

<sup>36</sup> Tale "parametro" è stato in più occasioni richiamato proprio dalla Corte Edu. Si segnalano C. eur. dir. Uomo, 17.7.2008, Riolo c. Italia; C. eur. dir. Uomo, 19.4.2011, Kasabova c. Bulgaria; C. eur. dir. Uomo, 22.11.2011, Koprivica c. Montenegro. Quanto al reddito medio dei giornalisti sulla base delle dichiarazioni pervenute all'Inpgi nel 2016, i redditi medi dei giornalisti liberi professionisti sono stati pari a 13.918 euro, la fonte del dato è stata reperita "su <https://odg.roma.it/inpgi-studio-sui-redditi-degli-iscritti-le-giornaliste-italiane-guadagnano-meno-dei-colleghi/>

<sup>37</sup> Nella proposta A.C. 416 sarebbe invece prevista la pena della multa fino a 10.000 euro, per la diffamazione a mezzo stampa o della radiotelevisione (non figurano le testate giornalistiche telematiche).

<sup>38</sup> Anche tale previsione è contemplata nel d.d.l. Caliendo.



to attuale. *De lege lata*, in caso di condanna penale, è previsto che l'Ordine di appartenenza<sup>39</sup> possa (e non debba) iniziare un procedimento disciplinare<sup>40</sup> quando si tratti di fatti non conformi al decoro e alla dignità professionale, o che compromettano la propria reputazione o la dignità dell'Ordine. Il Consiglio Territoriale di Disciplina, inoltre, all'esito del procedimento, può applicare sanzioni ben più miti, parametrata allo specifico caso. Le proposte di riforma prevedono invece l'interdizione come pena accessoria, insieme a quella della pubblicazione della sentenza. Tale sanzione, per un periodo compreso tra un mese e sei mesi, sarebbe tuttavia applicabile soltanto in caso di recidiva, ai sensi dell'art. 99, comma 2, n. 1, c.p.<sup>41</sup>

Tra le modifiche da segnalare c'è anche quella concernente l'art. 8 della legge n. 47 del 1948, volta ad introdurre una causa di non punibilità in favore di chi pubblichi la rettifica<sup>42</sup>. In tal caso se la previsione è da accogliere con favore, a destare forti perplessità sono le modalità con cui il correttivo è stato introdotto. La rettifica dovrebbe essere pubblicata «*gratuitamente, senza commento, senza risposta, senza titolo e con il chiaro riferimento all'articolo reputato diffamatorio*»<sup>43</sup> (fatto salvo il caso in cui le stesse abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale o siano documentalmente false). Risulta di palmare evidenza l'obiettivo di favorire l'immediata riparazione del torto subito dalla persona offesa, senza dover attendere i tempi di un intero processo, ma tale meccanismo è foriero di conseguenze estremamente dannose per la libertà di stampa: per scongiurare i costi elevati di un processo, si potrebbe preferire, a prescindere dal contenuto veritiero della notizia, una immediata rettifica della stessa, con buona pace del diritto di informare e di quello dei cittadini ad essere informati. L'impossibilità di provvedere ad un commento non agevola poi la comprensione dei fatti dal punto di vista dei fruitori dell'informazione.

A ciò si aggiunga un'osservazione. Attualmente le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa aggravate dal fatto determinato sono di competenza del Tribunale in composizione monocratica, con il passaggio "obbligato" dell'udienza preliminare.

Preme rilevare come raramente, come in tema di diffamazione a mezzo stampa, l'udienza preliminare svolga una effettiva ed efficace funzione di "filtro", né potrebbe essere altrimenti, essendo i processi per diffamazione spesso connotati dalla mancanza di necessità di un vaglio dibattimentale,

---

<sup>39</sup> Ordinamento della professione di giornalista, l. 3.04.1963, n. 69.

<sup>40</sup> La competenza è attualmente del Consiglio Territoriale di Disciplina, in quanto il decreto legge n.138 del 13 agosto 2011, convertito con la legge n. 148 del 14 settembre 2011, ha previsto la suddivisione tra funzioni amministrative e funzioni disciplinari per le istituzioni ordinistiche.

<sup>41</sup> Va, all'uopo, ricordato che la sentenza Cumpănă e Mazăre contro Romania include tra le pene da espungere dagli ordinamenti non solo quelle «*detentive*» ma anche quelle «*che comportano il divieto di esercitare una professione*».

<sup>42</sup> Sul punto si richiama l'art. 1 co. 1, lett. B) del d.d.l. Caliendo.

<sup>43</sup> Tale è il testo del d.d.l. Caliendo.

tanto più che attraverso l'utilissimo strumento delle investigazioni difensive, il giornalista sottoposto ad indagini è sovente in grado di allegare già in tale sede gli elementi probatori a sostegno della verità della notizia, quanto meno in termini putativi. Non solo. Trattandosi di reati il cui margine di opinabilità è particolarmente elevato, connotato com'è da concetti fluidi e dinamici, l'udienza preliminare è una reale possibilità in più di proscioglimento, dando luogo ad un'autonoma valutazione. Imputazioni azzardate, passate al vaglio del P.M., trovano in questa fase conclusioni esiziali.

Le Riforme che tendono ad escludere la reclusione eliminano inevitabilmente tale passaggio, a fronte della formulazione, da parte del pubblico ministero, del decreto di citazione a giudizio direttamente innanzi al giudice del dibattimento.

Se questa osservazione, di carattere squisitamente processuale può essere superata tenuto conto dell'ideale della maggior tutela della libertà di stampa realizzato con l'eliminazione della pena detentiva, tale aspetto è solo uno degli effetti negativi prevedibili.

## 6. Aspetti positivi di una riforma e conclusioni.

Il crinale nel quale opera la Corte EDU è quello del comportamento illecito del giornalista, al di fuori, quindi, del perimetro della scriminante e l'attuale equilibrio interno appare, anche a detta della Corte Costituzionale, «*ormai inadeguato*». Né ha veruna rilevanza la circostanza che il rischio della reclusione per la lesione della reputazione non sia effettivo; al di là della inflizione in concreto della pena, esso va scongiurato in astratto, per il potenziale effetto dissuasivo, nei limiti delineati dalla Corte di Strasburgo.

Al di là di una incondizionata adesione "ideologica" a tale approdo (che si assume ormai prossimo), legata all'esperienza storica dei regimi totalitari e all'immagine retrograda di un Paese che prevede la reclusione come potenziale «*controllo sull'operato dei pubblici poteri*»<sup>44</sup>, è necessario riflettere su come gli strumenti destinati a controbilanciare gli interessi in gioco rischino di tradire gli ambiziosi obiettivi perseguiti. L'ormai risibile rischio della pena detentiva<sup>45</sup> lascia spazio al pericolo di sanzioni pecuniarie di importi elevati anche nel minimo, a sanzioni disciplinari introdotte come pene accessorie, a

---

<sup>44</sup> Nonché a qualche significativa vicenda giudiziaria come, ad esempio quella di Guareschi, nel 1954 o a quella che ha visto come protagonisti Scalfari e Jannuzzi, condannati in primo grado dal Tribunale di Roma, a diciassette e sedici mesi di reclusione.

<sup>45</sup> Si ricordi che la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto illegittimo il ricorso alla reclusione nelle sentenze, Sez. V, 11.12.2013, n. 12203 e Sez. V, 10.7.2019, n. 38721, cit. Sotto tale profilo si segnala come il Tribunale di Salerno abbia ritenuto: che «*le norme censurate vanificherebbero, infine, la funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., attesa la «inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il pieno rispetto della funzione generalpreventiva e specialpreventiva della pena stessa. Ciò in quanto detta sanzione, essendo sproporzionata al metro della giurisprudenza della Corte EDU, risulterebbe in concreto inapplicabile e, quindi, inidonea a orientare la condotta sia della generalità dei consociati, sia del singolo giornalista*».

pericolosi meccanismi di rettifica, oltre che ad impatti processuali inevitabili e notevolmente deteriori per i giornalisti imputati.

Il Parlamento dovrebbe affrontare la materia, mediante un intervento più volte rimandato proprio per la sua complessità, foriero di implicazioni tali da rendere reale il rischio di un peggioramento della situazione attuale. Al di là dei giornali più strutturati, chi ha meno disponibilità economiche per “resistere” potrebbe decidere di rinunciare a pubblicare articoli potenzialmente lesivi dell'altrui reputazione. Vi è poi un altro dato da considerare. La Corte costituzionale, in linea con la Corte EDU conclude, comunque, che la sanzione detentiva possa essere giustificata da casi eccezionali. La questione si sposta (e la soluzione è tutt'altro che chiara) sull'individuazione di cosa rientri nel regime eccezionalità. Quel che si può osservare, per ora, è che la nostra Corte di Cassazione ha ritenuto «eccezionali» situazioni non ritenute tali dalla Corte di Strasburgo<sup>46</sup>.

Sicuramente il tema della rettifica come causa di non punibilità è da affrontare, perché consentirebbe di emendare quegli errori connessi ad esigenze di celerità tipiche dei nostri tempi, così come sarebbe senz'altro auspicabile un intervento incisivo che consenta di punire le cd. liti temerarie, mediante l'introduzione di una norma *ad hoc*, anche nel codice di procedura penale<sup>47</sup>, che, utilizzando il parametro della richiesta, fissi la condanna del querelante a soglie percentuali significative<sup>48</sup>. Con favore dovrebbero essere accolte le norme che prevedono una rimodulazione dei criteri di risarcimento del danno e la riduzione del termine di prescrizione, ancorato attualmente alle previsioni di cui all'art. 2947 c.c.<sup>49</sup>; l'abrogazione dell'art. 12 della legge sulla

---

<sup>46</sup> Il caso Sallusti è emblematico di tale divergenza di opinioni.

<sup>47</sup> La proposta Verini, così come il d.d.l. Caliendo prevedono l'introduzione, dopo il comma 3 dell'articolo 427 c.p.p., di un comma 3 *bis*. Il giudice, nel pronunciare sentenza perché il fatto non sussiste o l'imputato non l'ha commesso, se risulti la temerarietà della querela, su richiesta dell'imputato, può condannare il querelante, oltre a quanto già previsto dall'articolo, al pagamento di una somma da determinare in via equitativa. Mentre l'art. 4 della proposta Verini prevede l'introduzione di un comma 3-*bis* che prevede la possibilità di condannare il querelante al pagamento di una somma da 1.000 a 10.000 euro in favore della cassa ammende. Tuttavia, l'art. 7 prevede che nei giudizi promossi per il risarcimento del danno alla persona, anche mediante costituzione di parte civile nel processo penale, il giudice, con il provvedimento che rigetta la domanda, condanni la parte che risulti avere agito con dolo o colpa grave al pagamento, in favore della Cassa delle ammende, di una somma di importo non inferiore al 5 per cento e non superiore al 10 per cento del valore della domanda; con il limite massimo di 30.000 euro. Mentre la modifica all'art. 96 c.p.c., nel d.d.l. Caliendo formula previsioni analoghe, ma con facoltà del giudice civile di condannare in tali casi il richiedente ad una somma determinata in via equitativa.

<sup>48</sup> Si segnala il d.d.l. n. 835, *Disposizioni in materia di lite temeraria*, nuovamente assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 2 luglio 2019.

<sup>49</sup> Il d.d. Caliendo prevede: “dopo l'articolo 11 è inserito il seguente: «Art. 11-*bis*. -(Risarcimento del danno). -1. *Nella determinazione del danno derivante da diffamazione commessa con il mezzo della stampa o della radiotelevisione, il giudice tiene conto della diffusione quantitativa e della rilevanza nazionale o locale del mezzo di comunicazione usato per compiere il reato, della gravità dell'offesa, nonché dell'effetto riparatorio della pubblicazione e della diffusione della rettifica.*».

stampa, in tema di riparazione pecuniaria, attualmente prevista nei confronti del solo giornalista<sup>50</sup> come sanzione civilistica accessoria; l'estensione del segreto professionale ai pubblicisti, attualmente esclusi dall'art. 200 c.p.p. insieme ai praticanti<sup>51</sup>.

Da ultimo, appare doverosa una modifica che consenta di inserire tra i crediti privilegiati, quelli vantati nei confronti del proprietario della pubblicazione o dell'editore dal direttore responsabile o dall'autore della pubblicazione che abbia, in adempimento di una sentenza di condanna al risarcimento del danno derivante da offesa all'altrui reputazione, provveduto al pagamento in favore del danneggiato, quanto meno per le condotte colpose<sup>52</sup>. La vicenda dell'Unità è emblematica in tal senso<sup>53</sup>.

Si rimane, così, ancora una volta, in attesa di un intervento prossimo del Parlamento, con l'aspettativa che i correttivi «riequilibratori» siano tesi, quantomeno, a scongiurare il rischio di amplificazione del cd. chilling effect.

---

<sup>50</sup> Anche se si registra un orientamento contrario in seno alla Quinta Sezione della Corte, secondo cui la persona offesa può richiedere la riparazione anche al direttore responsabile del delitto di omesso controllo (Cass. Pen. Sez. V, 15 marzo 2002, n. 15154).

<sup>51</sup> Sul tema, RAFARACI, *Segreto del giornalista e processo penale*, in *CP*, 1991, 924. Anche tale modifica è contemplata nel d.d.l. Caliendo.

<sup>52</sup> L'art. 7 del d.d.l. Caliendo prevede in tal senso l'introduzione del n. 5-*quater* all'articolo 2751-*bis*.

<sup>53</sup> In: <https://www.articolo21.org/2018/10/il-caso-concita-de-gregorio-2-a-processo-da-10-anni/>.

# “L'ACCESSO ACCELERATO” ALLA SEMILIBERTÀ: L'AMPLIAMENTO DEI POTERI DEL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Sabrina Tirabassi

Corte cost., 7 aprile 2020 (dep. 24 aprile 2020), n. 74

**Applicazione provvisoria delle misure alternative alla detenzione – Poteri del magistrato di sorveglianza – art. 47, comma 4, o.p. – art. 50 o.p. – l. 27 maggio 1998, n. 165 – d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10.**

È costituzionalmente illegittimo l'art. 50, comma 6, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non consente al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la semilibertà, ai sensi dell'art. 47, comma 4, ordin. penit., in quanto compatibile, anche nell'ipotesi prevista dal terzo periodo del comma 2 dello stesso art. 50.

**Sommario:** **1.** Il contesto della decisione. – **2.** Un passo indietro: i poteri del Magistrato di sorveglianza dopo la l. 27 maggio 1998, n. 165. – **3.** Le modifiche apportate dal decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10, i problemi di coordinamento con la misura della c.d. semilibertà surrogatoria e la soluzione della Corte costituzionale. – **4.** L'individualizzazione del percorso rieducativo.

## ABSTRACT

*Con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale uniforma la disciplina relativa all'applicazione provvisoria delle misure alternative alla detenzione, andando a colmare una lacuna presente nell'ordinamento penitenziario. In particolare, si prevede la possibilità per il magistrato di sorveglianza di applicare temporaneamente la semilibertà “surrogatoria” dell'affidamento in prova al servizio sociale anche nei casi in cui la pena residua da scontare sia superiore ai sei mesi. Tale possibilità, prima dell'intervento della Corte costituzionale, stante la lettera dell'art. 50, comma 6, o.p., non rientrava nelle prerogative dell'organo monocratico. Superando l'interpretazione data nel passato, la Consulta valorizza ancora una volta i principi di uguaglianza, di gradualità nell'accesso ai benefici penitenziari e di personalizzazione e concretizzazione del percorso rieducativo.*

*With the ruling in comment, the Constitutional Court standardizes the discipline relating to the provisional application of alternative measures to detention, going to fill a gap in the penitentiary system. In particular, there is the possibility for the surveillance magistrate to temporarily apply the “subrogatory” semi-liberty of the probation even in cases where the residual sentence to be served is more than six months. This possibility, before the intervention of the Constitutional Court, given the letter of art. 50, paragraph 6, o.p., did not fall within the prerogatives of the monocratic organ. Going beyond the interpretation given in the past, the Constitutional Court once again enhances the principles of equality, of gradualness in accessing penitentiary benefits and of personalization and concretization of the re-educational path.*

## 1. Il contesto della decisione.

Negli ultimi anni, numerosi interventi della Corte costituzionale hanno inciso sulla disciplina dell'esecuzione penale, contribuendo a ridisegnare sostanzialmente l'ordinamento penitenziario.

Oggi, la l. 26 luglio 1975, n. 354 si presenta profondamente diversa rispetto alla versione introdotta ormai 45 anni fa, sorretta da una lettura e un'interpretazione orientata al recupero del condannato, attuato quanto più possibile attraverso l'applicazione delle misure alternative alla detenzione.

Ed infatti, il sistema delle misure alternative – elaborato per far fronte alla crisi della pena detentiva (intesa quale unico e rigido strumento di prevenzione generale e speciale, inadatto al raggiungimento del fine rieducativo, soprattutto in considerazione delle pene detentive brevi) – è stato spesso oggetto di diversi interventi legislativi, volti a renderlo maggiormente rispondente alla finalità rieducativa della pena. Tuttavia, ancora oggi, sconta la superficialità di un legislatore non particolarmente avveduto, a causa del quale si impongono costanti aggiornamenti interpretativi.

Su questa scia di continuo adeguamento, si inserisce la sentenza 24 aprile 2020, n. 74, con la quale la Corte costituzionale colma una lacuna che l'ordinamento penitenziario trascina con sé dal 1998, riconoscendo al magistrato di sorveglianza il potere di applicare provvisoriamente la misura della semilibertà, anche nei casi in cui la pena residua da scontare sia superiore ai sei mesi (c.d. semilibertà surrogatoria) e, allo stesso tempo, compie un passo in avanti verso il riconoscimento della persona del condannato, giungendo ad eliminare una illogica discriminazione, priva di qualsiasi ragione ed utilità nell'ambito di un sistema orientato alla rieducazione.

Con la pronuncia in esame, in particolare, la Corte incide concretamente su due aspetti rilevanti nell'ambito dell'esecuzione penale: unifica la disciplina dell'applicazione provvisoria delle misure alternative alla detenzione, ampliando i poteri e le responsabilità del magistrato di sorveglianza e realizza sempre più concretamente la personalizzazione e l'individualizzazione del percorso rieducativo, da attuare quanto più possibile fuori dal carcere.

## 2. Un passo indietro: i poteri del Magistrato di sorveglianza dopo la l. 27 maggio 1998, n. 165.

Per meglio comprendere l'importanza della sentenza in commento, occorre tuttavia ricondurre la mente al 1998 – anno in cui venne introdotta la c.d. legge Simeone-Saraceni – e al contesto nel quale tale provvedimento si inserì<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in RIDPP, 1999, 857 ss.

Come è noto, la l. 27 maggio 1998, n. 165 venne emanata per risolvere i problemi connessi all'eccessivo ricorso alla pena detentiva, andando a modificare – tra le varie disposizioni – quelle relative alle misure alternative alla detenzione. Due, in particolare, furono gli strumenti utilizzati per raggiungere tale obiettivo: il primo consistente nella sospensione automatica dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 5, c.p.p.), utilizzato per facilitare l'accesso – dalla libertà – all'affidamento in prova, alla detenzione domiciliare e alla semilibertà. Il secondo consistente nell'attivare una procedura più rapida e snella di recupero della libertà, gestita dal magistrato di sorveglianza, “abilitato” a prendere provvedimenti urgenti e provvisori in materia di misure alternative, in vista della futura applicazione di tali benefici da parte del Tribunale di sorveglianza<sup>2</sup>.

Sotto questo secondo profilo, in particolare, l'art. 2, comma 2, della legge Simeone-Saraceni<sup>3</sup>, in tema di affidamento in prova al servizio sociale<sup>4</sup>, inserì per la prima volta – nel nuovo comma 4 dell'art. 47 ord. pen.<sup>5</sup> – la possibilità per il magistrato di sorveglianza di “sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione del condannato, quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affida-

---

<sup>2</sup> BERNASCONI, *La semilibertà nel quadro della legge 27 maggio 1998 n. 165: aporie e disfunzioni*, in *RIDPP*, 2000, 191, secondo il quale si è così delineato un nuovo volto dell'esecuzione penale, volto a privilegiare la fuga dalla sanzione detentiva di media durata e a cercare una legittimazione fondata su esigenze di decarcerizzazione.

<sup>3</sup> DALLA CASA, *Commento all'art. 2 della L. 165/1998*, in *LP*, 1998, n. 4, 799 s., secondo cui «Il comma 2 dell'articolo in esame modifica l'art. 47 co. 4 o.p., il cui contenuto è confluito nel nuovo art. 656 c.p.p., e detta la regola, senza precedenti, in base alla quale – in presenza di un triplice ordine di requisiti, tra cui in primis quello del *fumus boni iuris* circa la concedibilità dell'affidamento in prova – il magistrato di sorveglianza può “sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione” del condannato, che resterà in tale situazione sino all'ordinanza decisoria del tribunale di sorveglianza. Premesso che l'importanza di questa previsione è accresciuta dal fatto di costituire il paradigma per l'analogo potere sospensivo che la legge in commento ha contestualmente attribuito al magistrato di sorveglianza in tema di semilibertà (art. 50 co. 6 o.p.), volendo inquadrare tale intervento di natura cautelare, lo si può ricondurre ad un filone di competenze che si è andato irrobustendo nel corso degli anni: dall'“anno zero”, coincidente con la riforma penitenziaria del '75, alle prime attribuzioni, scaturenti dagli artt. 51-bis e 51-ter Op, introdotti dalla l. 663/86, sino ad arrivare all'art. 684 co. 2 del vigente codice di procedura penale, che costituisce non solo l'immediato precedente della previsione in oggetto, ma anche la disposizione assunta come modello dal legislatore del 1998. L'elemento caratterizzante di questi provvedimenti “anticipatori” del magistrato di sorveglianza va individuato nella sua maggiore rapidità di azione rispetto all'omonimo giudice collegiale; una rapidità assicurata altresì, sul piano procedurale, dalla previsione, ricorrente in tutte le ipotesi passate in rassegna, che il magistrato di sorveglianza decida *de plano*».

<sup>4</sup> Per un approfondimento, in tema di affidamento in prova, PRESUTTI, *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998 n. 165*, in *RIDPP*, 2000, 178 ss.

<sup>5</sup> In tema di problemi applicativi del nuovo comma, PRESUTTI, *Condannato in vinculis e sospensione della esecuzione ex art. 47 comma 4 ord. pen. (a proposito di una discutibile scelta normativa di competenza territoriale)*, nota a Cass., pen. Sez I, 15 gennaio 1999, n. 399, in *CP*, 1999, fasc. 11, 3248.

mento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga"<sup>6</sup>.

Si trattava di un potere particolare, nato dalla doppia esigenza di decongestionare gli istituti penitenziari ed evitare che al condannato potessero derivare gravi pregiudizi dalla protrazione dello stato detentivo<sup>7</sup>, ma allo stesso tempo concepito in un modo tale da non conciliarsi con quanto disposto, sempre in tema di applicazione provvisoria, per le altre misure alternative (nello specifico la detenzione domiciliare), per le quali il ruolo del magistrato di sorveglianza era declinato diversamente e con più ampie prerogative.

Ed infatti, all'indomani della l. n. 165/1998, il condannato -ristretto -, in-stante l'applicazione anticipata dell'affidamento in prova al servizio sociale, avrebbe potuto ottenere da parte dell'organo monocratico solo la sospensione dell'esecuzione della pena e la conseguente liberazione; mentre, nell'ipotesi in cui il detenuto avesse richiesto l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare, il magistrato avrebbe potuto direttamente applicare la misura richiesta<sup>8</sup>.

Tale differenziazione non era affatto cosa da poco. Anzi, con la novella introdotta al comma 4 dell'art. 47 ord. pen., emergevano rilevanti incongruenze di sistema dal punto di vista della disparità di trattamento: infatti, per i condannati che proponevano istanza di ammissione provvisoria alla detenzione domiciliare, ex art. 47-ter, comma 1-quater, ord. pen., la nuova discipli-

<sup>6</sup> Così recitava l'art. 47, comma, 4 o.p., dopo l'emanazione della l. n. 165 del 27 maggio 1998. In ordine all'accertamento che la norma devolve al magistrato di sorveglianza, si veda ancora PRESUTTI, *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998 n. 165*, cit., 187 s.

<sup>7</sup> PRESUTTI, *Sub art. 47 ord. pen., Affidamento in prova al servizio sociale*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, di GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, a cura di DELLA CASA, quarta edizione, Padova, 2011, 548 «La previsione del 4° co. dell'art. 47 ord. penit., in un contesto riformato in modo da garantire l'accesso all'affidamento in prova direttamente dalla libertà tramite il meccanismo di sospensione automatica della esecuzione, trova giustificazione nella preoccupazione - espressa durante i lavori preparatori della legge 165/98 - di offrire una adeguata tutela sia a coloro i quali "per mancanza di conoscenza o per cattiva assistenza" non avessero fatto istanza di misura alternativa sfruttando lo strumento preventivo di cui al 5° co. dell'art. 656 c.p.p. sia a coloro che non avessero ottenuto la misura richiesta anche a causa delle rigide preclusioni stabilite dalla disposizione codicistica. La norma del 4° co. dell'art. 47 ord. penit. Delinea, infatti, una procedura omologa e speculari a quella racchiusa nel 5° co. dell'art. 656 c.p.p. di cui riproduce la medesima sequenza (istanza al mag. sorv. - sospensione esecuzione - decisione sul merito della misura) con le varianti imposte dalla diversa situazione (stato detentivo) in cui versa il condannato. E proprio perché concepita in funzione di rimedio per i casi di mancata applicazione preventiva delle alternative, è preordinata al recupero a breve della libertà del condannato, del resto in coerenza con la connotazione sostitutiva della specie in esame di affidamento in prova».

<sup>8</sup> In tema di detenzione domiciliare, l'art. 47-ter, comma 1-quater, o.p., così come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. a, della legge n. 165/1998, così disponeva: «Se l'istanza di applicazione della detenzione domiciliare è proposta dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, il magistrato di sorveglianza cui la domanda deve essere rivolta può disporre l'applicazione provvisoria della misura, quando ricorrono i requisiti di cui ai commi 1 e 1-bis. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 47, comma 4».



na non prevedeva alcuna interruzione dell'esecuzione, ma se ne modificavano soltanto le modalità in ragione delle esigenze trattamentali o comunque umanitarie<sup>9</sup>.

Viceversa, coloro che presentavano istanza di applicazione anticipata dell'affidamento in prova al servizio sociale avrebbero potuto ottenere solo la provvisoria interruzione dell'esecuzione, non accompagnata dall'applicazione di una misura idonea a "scandire" quel passaggio, ancorché temporaneo, dallo stato detentivo alla libertà, con conseguente paralisi di tutto il percorso di recupero attuato da e per il detenuto e con il rischio di regresso dei progressi raggiunti attraverso il trattamento avviato in stato detentivo.

Si immagini come quel ritorno del condannato alla libertà, senza lavoro, senza punti di riferimento, nello stesso ambiente di provenienza, nel quale nella maggior parte dei casi si era sviluppata e rafforzata l'indole delinquenziale, avrebbe potuto incidere in senso negativo su tutto il percorso risocializzante realizzato sino a quel momento: il condannato si sarebbe trovato nella condizione di poter "riassaggiare" per la prima volta, dopo molto tempo, una libertà assoluta, incondizionata, non controllata, in attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza che, paradossalmente, avrebbe potuto

---

<sup>9</sup> Sotto tale profilo, nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 47, comma 4, o.p., emessa il 21 luglio 1998, n. 822 dal Magistrato di sorveglianza di Cagliari, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), così si argomentava: «Ma vi è di più: la disposizione quivi censurata concretizza una irrazionale e palese disparità di trattamento avuto riguardo alla ben diversa posizione dei condannati detenuti proponenti istanza di ammissione alla detenzione domiciliare, nei confronti dei quali, come già evidenziato, il magistrato di sorveglianza, nelle more della definizione del procedimento da parte del competente tribunale, può solamente disporre l'applicazione provvisoria della richiesta misura alternativa, e non già sospendere l'esecuzione della pena. Tale disparità di trattamento è, invero, reciproca, atteso che, per un verso i condannati istanti per l'affidamento in prova al servizio sociale, non potendo ottenere neppure l'applicazione provvisoria della misura alternativa richiesta o quantomeno l'ammissione provvisoria alla detenzione domiciliare, si trovano esposti al rischio di subire gli effetti potenzialmente desocializzanti e in contrasto con ogni razionale finalità rieducativa derivanti dall'attuazione frammentaria del trattamento, che si avvererebbe in caso di rigetto dell'istanza da parte del tribunale a seguito di sospensione dell'esecuzione della pena libertatis a differenza dei condannati istanti per l'ammissione alla detenzione domiciliare, che possono ottenere dal magistrato di sorveglianza la provvisoria applicazione della richiesta misura alternativa; per altro verso, questi ultimi condannati sono collocati, per effetto dell'eventuale provvedimento interinale del magistrato di sorveglianza, in una posizione che e, dal punto di vista dello status libertatis, sicuramente più sfavorevole rispetto a quella dei condannati istanti per l'affidamento, cui può essere concessa la sospensione dell'esecuzione».

anche rigettare l'istanza di affidamento in prova<sup>10</sup>, con conseguente ripristino dell'eseguibilità della pena precedentemente sospesa<sup>11</sup>.

Una simile procedura rendeva di fatto il trattamento frammentario e potenzialmente desocializzante, producendo effetti irrazionali e per certi versi illusori, del tutto in contrasto con la finalità rieducativa connessa al processo di recupero<sup>12</sup>.

Ma, non solo. La l. n. 165/1998 e, conseguentemente, la disciplina delineata dall'art. 47, comma 4, ord. pen. ebbero dei riflessi importanti anche sulla semilibertà<sup>13</sup>: infatti, nei casi di pena non superiore ai sei mesi, l'art. 50, comma 6, ord. pen.<sup>14</sup>, così come novellato dalla l. n. 165/1998, consentiva al magistrato di sorveglianza di «*disporre per il periodo di tempo necessario alla pronuncia di merito del tribunale, la sospensione della pena seguendo i dettami – “in quanto compatibili” – del comma 4 dell'art. 47 ord. penit.*»<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> DALLA CASA, *op. cit.*, 807, osservava come: «È previsto che, successivamente alla sospensione dell'esecuzione e alla conseguente liberazione del condannato, il tribunale di sorveglianza si pronunci sull'istanza di affidamento nel termine ordinario di quarantacinque giorni. Considerata la natura del termine, non è da scartare peraltro l'ipotesi che, nella prassi, l'intervallo tra le due decisioni risulti più dilatato – quanto meno laddove si tratti di tribunali di sorveglianza oberati da un elevato numero di istanze – in conformità di alcune previsioni avanzate dagli addetti ai lavori. Se l'ipotesi trovasse conferma nella realtà, ne potrebbero derivare distorsioni tutt'altro che trascurabili: da un lato, infatti, il giudice monocratico potrebbe essere indotto a negare la provvisoria sospensione – anche perché psicologicamente condizionato dalla delicatezza della sua pronuncia – proprio in previsione dell'eccessiva durata che verrebbe ad assumere la parentesi sospensiva, contribuendo così a creare un perverso circolo vizioso; dall'altro, se nonostante tutto la sospensione venisse concessa, si verificherebbe comunque l'inconveniente di una pena ulteriormente dilazionata nel tempo. Con l'aggiuntiva e controproducente anomalia -nel caso di successiva ammissione all'affidamento in prova – di un condannato assoggettato alle rituali prescrizioni e ai previsti interventi dell'assistente sociale dopo la dimostrazione, da parte sua, di saper usufruire, in modo adeguato ed autonomo, di un'illimitata libertà.».

<sup>11</sup> DALLA CASA, *op. cit.*, 808, il quale osserva come «le eventuali *défaillances* comportamentali del condannato, verificatesi nel corso della parentesi sospensiva, avranno comunque un loro peso, sempreché abbiano avuto una rilevanza tale da meritare la “presa in carico” da parte delle forze di polizia: è invero fuor di dubbio che il tribunale di sorveglianza le potrà – anzi, le dovrà – tenere presenti nel suo giudizio relativo all'eventuale concessione dell'affidamento in prova».

<sup>12</sup> Sull'argomento, PRESUTTI, *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998 n. 165*, cit., 185 ss.

<sup>13</sup> BERNASCONI, *op. cit.*, 192, il quale osserva come «La modifica legislativa sul primo versante avviene su due piani, tra loro speculari: alla sospensione dell'esecuzione (comma 5 dell'art. 656 c.p.p.) che permette al condannato in stato di libertà di proporre istanza esclusivamente per la concessione della misura della semilibertà prevista dal comma 1 dell'art. 50 ord. penit. Fa da contrappunto un mutamento (del comma 6 della medesima norma) finalizzato a permettere che la misura venga “altresi disposta successivamente” all'inizio della detenzione; anche in tale caso il magistrato di sorveglianza potrà disporre per il periodo di tempo necessario alla pronuncia di merito del tribunale, la sospensione della pena seguendo i dettami – “in quanto compatibili” – del comma 4 dell'art. 47 ord. penit.».

<sup>14</sup> Sul tema DELLA CASA, *Commento all'art. 5 della L. 165/1998*, cit., 823 *Ammissione alla semilibertà*.

<sup>15</sup> Così BERNASCONI, *op. cit.*, 195 «La sospensione interinale dell'esecuzione in vista dell'ammissione alla semilibertà (art. 50 comma 6 ord. penit.) è frutto di istanze perequative analoghe a quelle

In tal modo, anche in tema di semilibertà, la sospensione interinale dell'esecuzione in vista dell'ammissione alla misura non ne comportava una applicazione provvisoria.

In una simile situazione, furono proprio gli stessi magistrati di sorveglianza a denunciare il carattere illogico della previsione: non è un caso che, immediatamente dopo l'emanazione della legge, venne sollevata una prima questione di illegittimità costituzionale, con la quale si chiedeva una pronuncia di *“totale illegittimità costituzionale dell'art. 47 comma 4 ord. penit. nella parte in cui esso è applicabile in tema di istanze di affidamento in prova al servizio sociale e giusto il rinvio di cui all'art. 50 ord. penit., anche in tema di istanze di ammissione alla semilibertà”*<sup>16</sup>.

Nonostante le evidenti criticità generate dalla procedura e il *vulnus* ai principi costituzionali di uguaglianza, di effettività e indefettibilità dell'esecuzione della pena e di rieducazione, la questione fu ritenuta infondata. Ciò che più colpisce è che, nell'ordinanza di rigetto, la Corte ritenne che le eccezioni sollevate, pur potendo apparire persuasive sotto il profilo delle valutazioni di politica criminale, non fossero tali da assurgere a censure dotate di qualche consistenza sul piano della legittimità costituzionale<sup>17</sup>.

*fatte proprie dalla disciplina di cui al 4 dell'art. 47 ord. penit.: per un verso attenua la rigidità delle preclusioni stabilite dall'art. 656 c.p.p., prospettando al condannato in stato di detenzione un ritorno provvisoria alla libertà a seguito di presentazione della domanda di ammissione alla misura e, per l'altro, abbatte i rischi connessi ad un (inutile) prolungamento della carcerazione nell'attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza».*

<sup>16</sup> Nella prima ordinanza di rimessione 21 luglio 1998, n. 822, si evidenziava peraltro come la detenzione domiciliare fosse l'unica misura *«idonea a conciliare il principio di effettività ed indefettibilità dell'esecuzione della pena con quello di tendenzialità rieducativa della pena stessa e dell'inammissibilità della sospensione dell'esecuzione di pena detentiva già in atto se non per esigenze trattamentali o comunque umanitarie»*. Secondo l'Autorità rimettente, in sostanza, il nuovo art. 47, comma 4, o.p. non sarebbe potuto sfuggire ad una pronuncia di *“totale illegittimità”* costituzionale nella parte in cui esso è applicabile in tema di istanze di affidamento in prova al servizio sociale e giusto il rinvio di cui all'art. 50 ord. pen., anche in tema di istanze di ammissione alla semilibertà.

<sup>17</sup> In particolare, la Corte costituzionale, con l'ordinanza di rigetto 28 luglio 1999, n. 375, ritenne che *«per sostenere l'illegittimità costituzionale della previsione, non può invocarsi l'asserita probabilità che i tribunali di sorveglianza decidano sulle istanze di affidamento al servizio sociale senza osservare il termine imposto dalla legge, non potendosi, dalla eventualità di fatto dell'inosservanza, o dalle difficoltà organizzative che potrebbero esserne alla base, trarre motivi di censura costituzionale della legge, e non solo, caso mai, argomenti di critica politica alle scelte del legislatore o alle mancate misure di adeguamento organizzativo; che nemmeno sussiste la violazione dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, non potendosi, manifestamente, considerare in contrasto con la finalità rieducativa una misura cautelare di semplice sospensione dell'esecuzione della pena, che si limita a rinviare nel tempo l'esecuzione medesima; né potendosi ritenere costituzionalmente preclusa, in forza dell'invocato principio di gradualità, l'adozione in via interinale di una siffatta misura sospensiva, nelle more della decisione sull'applicazione di una misura alternativa alla detenzione; che le denunciate disparità di trattamento, vuoi fra condannati instanti per l'affidamento al servizio sociale e condannati instanti per la concessione della detenzione domiciliare, vuoi fra condannati a pene superiori e rispettivamente inferiori a due anni, vuoi infine fra condannati già in carcere per l'esecuzione della pena e condannati che al momento in*

La linea di chiusura della Corte fu, peraltro, confermata anche successivamente: a distanza di dieci anni altro Ufficio del Magistrato di sorveglianza “denunciò” nuovamente l'irrazionalità della scelta effettuata dal legislatore di differenziare la disciplina di applicazione provvisoria dell'affidamento in prova da quella della detenzione domiciliare e da quella dell'affidamento terapeutico<sup>18</sup>, tornando a ribadire ancora una volta come l'irrazionale normativa arrecasse un'offesa al principio di uguaglianza e di ragionevolezza consacrato nell'art. 3 Cost, da cui deriverebbero vincoli e limiti all'uso della discrezionalità politica del legislatore.

Con questo secondo tentativo, la denunciata illogicità della scelta trovava fondamento nel fatto che, pur trattandosi di tre ipotesi in cui per l'intervento cautelare dell'organo monocratico venivano richiesti gli stessi presupposti, inspiegabilmente, solo per l'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova, il magistrato di sorveglianza non avrebbe potuto applicare la misura<sup>19</sup>.

Anche questa volta, la questione venne “declinata”. Di fatto, veniva negata l'esistenza del problema, o quanto meno la rilevanza costituzionale dello

*cui la condanna è divenuta definitiva si trovassero agli arresti domiciliari, non integrano violazioni del principio costituzionale di eguaglianza, trattandosi di situazioni caratterizzate dalla diversità dei presupposti di fatto e della configurazione normativa delle differenti misure considerate, rispetto alle quali il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha apprestato discipline a loro volta differenziate: senza dire che il remittente prospetta a sua volta una soluzione di assai dubbia logicità quando chiede che venga reso possibile, attraverso una addizione al comma 1-quater dell'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario, applicare in via provvisoria la detenzione domiciliare a condannati che, per l'entità della pena da espiare, non possono vedersi applicare tale misura in via definitiva (art. 47-ter, comma 1-bis)».*

<sup>18</sup> Nell'ordinanza di rimessione 1° aprile 2008, n. 271, il Magistrato di sorveglianza di Livorno evidenziò l'inopportunità di questo meccanismo attraverso una comparazione tra l'affidamento in prova di cui all'art. 47, comma 4, ord. pen., la detenzione domiciliare ex art. 47-ter, comma 1-quater, o.p. e l'affidamento c.d. terapeutico a norma dell'art. 94, comma 2, D.P.R. n. 309/1990. Di queste tre disposizioni, solo quella relativa all'affidamento in prova consentiva al magistrato di sorveglianza di sospendere l'esecuzione della pena, negli altri casi invece il potere dell'organo monocratico era correlato all'applicazione provvisoria della misura richiesta e alla conseguente possibilità di non interrompere il trattamento.

<sup>19</sup> Secondo l'ordinanza 1° aprile 2008, n. 271 «La differenza di disciplina rispetto alla detenzione domiciliare ed all'affidamento in prova “terapeutico”, di cui sopra si è detto, crea un vulnus rispetto al principio di uguaglianza e di ragionevolezza consacrato dall'art. 3, primo comma, della Costituzione, da cui derivano vincoli e limiti all'uso della discrezionalità politica del legislatore: situazioni che meriterebbero di essere trattate in maniera analoga, sotto l'aspetto ora evidenziato, vengono invece diversamente disciplinate dal legislatore ordinario senza che, come già detto, sia possibile rinvenire, alla base di tale differenziazione normativa, una motivazione razionale, atteso che i presupposti per l'intervento cautelare del magistrato di sorveglianza sono i medesimi nelle tre ipotesi considerate sia per quanto concerne il giudizio prognostico che il magistrato deve formulare in ordine all'accoglimento dell'istanza di misura alternativa da parte del tribunale di sorveglianza sia per quanto riguarda il periculum in mora (anche in materia di detenzione domiciliare è necessario che vi sia il pericolo di un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione in virtù del richiamo che l'art. 47-ter, comma 1-quater, fa alle disposizioni dettate dall'art. 47, comma 4, applicabili in quanto compatibili; in materia di affidamento “terapeutico”, poi, il periculum è espressamente codificato come presupposto della decisione cautelare)».

stesso, nei termini sopra specificati, quali il mancato raggiungimento del fine rieducativo correlato all'effetto interruttivo dell'esecuzione della pena e l'ingiustificata disparità di trattamento tra condannati istanti l'affidamento in prova al servizio sociale e quelli richiedenti l'ammissione alla detenzione domiciliare o all'affidamento in prova a fini terapeutici, posto che, secondo la Corte, *“le situazioni comparate sono caratterizzate dalla diversità dei presupposti di fatto e della configurazione normativa delle diverse misure alternative”*<sup>20</sup>.

### 3. Le modifiche apportate dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10, i problemi di coordinamento con la misura della c.d. semilibertà surrogatoria e la soluzione della Corte costituzionale.

L'introduzione dell'art. 3, comma 1, lett. d), del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10) modificò il tenore dell'art. 47, comma 4, ord pen., permettendo al magistrato di sorveglianza non già di sospendere l'esecuzione della pena detentiva, ma di applicare provvisoriamente la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale *“quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga”*<sup>21</sup>.

L'intervento legislativo, attuato nell'ottica di ridurre il sovraffollamento carcerario e consentire il rispetto dei diritti dei detenuti<sup>22</sup>, ebbe il pregio di livellare parzialmente la materia concernente l'applicazione delle misure alternative da parte dell'organo monocratico, pur mantenendo in vita delle scelte che non riuscirono a conferire al sistema piena coerenza.

In particolare, la modifica apportata all'art. 47, comma 4, ord. penit. non venne coordinata con la disciplina prevista in tema di semilibertà c.d. surrogatoria dell'affidamento in prova, di cui all'art. 50 commi 2, terzo periodo<sup>23</sup>,

<sup>20</sup> Si veda C. cost., 29 dicembre 2008, n. 446, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>21</sup> PRESUTTI, *Sub art. 47 ord. penit.*, in *Ordinamento Penitenziario Commentato*, a cura di DELLA CASA-GIOSTRA, Padova, 2015, 513 ss.

<sup>22</sup> Con riferimento alla disciplina introdotta dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Della stessa Autrice, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014.

<sup>23</sup> L'art. 50, comma 2, terzo periodo, ord. pen precisa che *«Tuttavia, nei casi previsti dall'art. 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena»*. Si tratta di una misura particolare, introdotta dalla legge Gozzini e rispondente all'evidente scopo di coordinare la semilibertà e l'affidamento in prova al servizio sociale, nella prospettiva di un trattamento progressivo idoneo a promuovere un graduale reinserimento nell'ambiente libero. In tal senso, MASSARO, in [\*\*PENALE\*\*  
Diritto e Procedura](http://www.dirit-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

ord. penit., con riferimento alla quale la nuova legge non introdusse un parallelo potere di applicazione anticipata in capo al magistrato di sorveglianza, lasciando un vuoto normativo che solo di recente la Corte costituzionale ha provveduto a colmare.

Ed infatti, con la sentenza 24 aprile 2020, n. 74, la Corte costituzionale torna ad occuparsi dei poteri del magistrato di sorveglianza connessi all'applicazione anticipata delle misure alternative e in particolare della semilibertà c.d. surrogatoria dell'affidamento in prova<sup>24</sup>. Questa volta, però, riconoscendo valenza costituzionale alle eccezioni mosse e dimostrando una certa emancipazione rispetto alle scelte operate in passato.

Nel caso specifico, il Magistrato di sorveglianza di Avellino, investito dell'istanza di un detenuto, volta a ottenere l'applicazione, in via provvisoria e urgente, dell'affidamento in prova al servizio sociale o, in subordine, della semilibertà - istanza corredata anche da un'offerta di lavoro -, sollevando la questione di legittimità costituzionale, evidenzia come l'attuale formulazione dell'art. 50 o.p. sia lesiva dei principi di uguaglianza, di gradualità nell'accesso ai benefici penitenziari e dunque del principio di rieducazione, posto che non consente all'organo monocratico di concedere provvisoriamente la misura della semilibertà al detenuto che deve scontare una pena residua superiore ai sei mesi. L'applicazione di tale misura, infatti, sarebbe idonea a permettere al condannato di svolgere l'attività lavorativa e supportare il processo di reinserimento sociale e allo stesso tempo permetterebbe «un ulteriore congruo periodo di osservazione e di sperimentazione», soprattutto nei casi, tra cui quello di specie, in cui per la natura dei reati commessi dal condannato - sintomatici di una certa capacità a delinquere - e per la recente sperimentazione all'esterno ex art. 21 o.p., non appare ancora opportuno concedere - ai sensi dell'art. 47, comma 4, o.p. - la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale (che interrompe completamente il rapporto con l'istituto penitenziario).

*topenitenziarioecostituzione.it, Il regime di semilibertà, secondo la quale «La ratio e la funzione della semilibertà devono essere ricostruite in maniera differenziata, specie a seguito degli interventi legislativi che, così come avvenuto per le altre misure alternative alla detenzione, ne hanno significativamente ampliato l'ambito operativo. Il riferimento è, evidentemente, alla c.d. legge Gozzini (legge n. 663 del 1986) e alla c.d. legge Simeone (legge n. 165 del 1998), dalle quali è derivato un processo di stratificazione normativa tale non rendere sempre agevole il coordinamento tra le "forme" di semilibertà attualmente previste dall'ordinamento e quello tra la semilibertà e le altre misure alternative, a partire dall'affidamento in prova».*

<sup>24</sup> La misura della semilibertà può scindersi in tre figure distinte: la semilibertà per le pene dell'arresto e della detenzione non superiore ai sei mesi; la semilibertà per pene medio-lunghe; la semilibertà c.d. surrogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale. Destinatari di quest'ultima figura, disciplinata dal terzo periodo del comma 2 dell'art. 50 ord. penit. sono i condannati che debbano espriamere una pena detentiva, anche residua, non superiore ai quattro anni (limite di fruibilità dell'affidamento in prova), ma che non siano ancora ritenuti meritevoli del beneficio più ampio. In tal caso, possono essere ammessi alla misura più contenuta della semilibertà, ancorché non abbiano ancora espriamere metà della pena.

La pronuncia muove, in particolare, da un'analisi comparativa dell'art. 47, comma 4 e dell'art. 50, comma 6, ord. penit., laddove il primo consente al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale in relazione a pene da scontare che non superino i quattro anni, mentre la seconda norma, richiamando esplicitamente il comma 1 dell'art. 50 ord. penit., limita la concessione provvisoria della misura della semilibertà solo ai casi in cui la pena da scontare non superi il limite dei sei mesi, escludendo qualsiasi possibilità di applicazione anticipata di quella particolare figura di semilibertà di cui al terzo periodo del comma 2 dell'art. 50 ord. penit.

Il punto di scollamento, dunque, risiede proprio nella disciplina della semilibertà surrogatoria dell'affidamento in prova che, pur richiamando la disposizione dell'art. 47 ord. penit., se ne distacca – senza motivo – nella parte in cui viene riservato al magistrato di sorveglianza il potere di applicare anticipatamente la misura.

In altre parole, l'irrazionalità della scelta legislativa discende dal mancato coordinamento tra le due norme e, ancora una volta, colpisce quella particolare procedura d'urgenza devoluta al magistrato di sorveglianza.

È di tutta evidenza come l'attuale formulazione dell'art. 50, comma 6, ord. pen., escludendo indirettamente i casi in cui la pena da scontare sia superiore ai sei mesi, sacrifichi la valenza rieducativa riconnessa alla semilibertà surrogatoria: come nel caso affrontato dalla Corte, infatti, accade spesso che a fronte della richiesta di applicazione anticipata dell'affidamento in prova o, in subordine, della semilibertà, in ragione del pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato detentivo, il magistrato di sorveglianza, pur valutando positivamente i risultati raggiunti attraverso il trattamento rieducativo iniziato all'interno della struttura penitenziaria, non ritenga opportuno applicare anticipatamente l'affidamento in prova (misura maggiormente favorevole), ma al tempo stesso non possa nemmeno valutare la subordinata istanza di applicazione preventiva della semilibertà c.d. surrogatoria, in quanto – stante il vuoto legislativo – inammissibile *ab origine*.

Sotto tale profilo, la questione di legittimità, che ha dato origine alla decisione in commento, evidenzia ancora una volta l'incoerenza del sistema che vanifica la ragione che ha portato all'introduzione dell'ibrida misura della semilibertà c.d. surrogatoria, ovvero quella di realizzare un più razionale coordinamento tra le misure alternative, in una logica di progressione nel trattamento<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Si veda in proposito FIORIO, *Semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova al servizio sociale e "irrigidimenti" penitenziari: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *G. cost.*, fasc. 5, 2008, 3782, secondo cui «L'esigenza di pervenire ad un equilibrato regolamento di confini tra la semilibertà e l'affidamento in prova al servizio sociale rappresenta una costante della recente storia penitenziaria. L'introduzione, per effetto della l. 10 ottobre 1986, n. 663, della possibilità di ammettere al regime di semilibertà il condannato a pena detentiva non superiore a tre anni, anche prima dell'espiazione di almeno metà della pena, assolveva alla funzione di porre rimedio ad una "stortura"»

Ad essere violato è proprio il criterio della gradualità ed infatti, come osserva la Corte costituzionale, «*nella logica gradualistica, la semilibertà precede e "prepara" l'affidamento in prova, che è misura evidentemente più ampia, in quanto recide ogni rapporto tra il condannato e l'istituto penitenziario, traducendosi in un regime di libertà assistita e controllata. Sarebbe, perciò irragionevole che l'accesso alla misura "minore" resti soggetto, per l'aspetto considerato, a un regime più restrittivo di quello valevole per la misura "maggiore"»<sup>26</sup>.*

In altre parole, ciò che risulta deviato è l'ordine e la funzione delle misure alternative alla detenzione che, pur essendo strumenti connotati da diversi presupposti e contenuti, devono comunque essere valutate nel loro insieme e concepite in una sorta di scala, funzionale al trattamento penitenziario, in cui la semilibertà si colloca immediatamente dopo l'affidamento in prova al servizio sociale e si caratterizza per la graduale rimessione in libertà del condannato, consentendo però allo stesso di svolgere tutte quelle attività

*frequente nella prassi: precludere l'applicabilità del regime maggiormente restrittivo (semilibertà) allorché non risultasse applicabile la più favorevole misura dell'affidamento in prova. Siffatta ipotesi derogatoria della regola generale, che postula l'avvenuta espiazione di almeno metà della pena, integra la figura della semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova, prevista dal legislatore al fine di consentirne l'applicazione anticipata e pervenire, nel contempo, ad un suo più razionale coordinamento con l'affidamento in prova nella logica del trattamento progressivo. L'antecedenza cronologica della semilibertà rispetto all'affidamento in prova consente, infatti, il reinserimento graduale del condannato nell'ambiente libero, attuando la progressione da forme meno aperte a forme più aperte di trattamento alternativo e valorizza, in ultima analisi, la funzione preparatoria e sperimentale propria della semilibertà. Attraverso la l. 27 maggio 1998, n. 165, l'art. 50 comma 2 terzo periodo ord. penit. è stato modificato nel senso di consentire al condannato a pena detentiva non superiore a tre anni di essere ammesso al regime di semilibertà "anche prima dell'espiazione di metà della pena" se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale. Con riferimento ai presupposti applicativi, al di là al limite oggettivo rappresentato dal quantum di pena espianda, nulla è più previsto, rispetto al testo inserito dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663, circa la valutazione dei risultati della osservazione della personalità del condannato. La scelta sintattica operata dalla legge n. 165 del 1998 se, da un lato, ha eliminato ogni dubbio sulla inutilizzabilità dei criteri fissati dall'art. 50 comma 4 ord. penit., ha, tuttavia, lasciato aperto un duplice ordine di questioni. Da un lato, infatti, la mera connotazione in negativo ("se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale") delle condizioni di applicabilità della semilibertà "surrogatoria" configura un vuoto normativo in aperta violazione del principio di legalità. Dall'altro lato, l'eliminazione di ogni richiamo ad una previa osservazione inframuraria risolve in senso affermativo la delicata questione concernente l'anticipazione applicativa della semilibertà "surrogatoria" ad un momento antecedente l'inizio dell'esecuzione della pena. Tale soluzione, in precedenza esclusa da parte della Corte costituzionale, viene oggi ritenuta pacificamente praticabile dalla giurisprudenza di legittimità, nonostante le incisive critiche mosse dalla più autorevole dottrina. Nondimeno, per quanto qui più interessa, si pone una condizione di tipo negativo, operativa in una logica emergenziale: per tutti i condannati per i reati indicati nell'art. 4-bis ord. penit. è stata esclusa la possibilità di ammissione alla semilibertà «surrogatoria» dell'affidamento in prova ed è stato innalzato a due terzi il quantum di pena espiata richiesta per l'applicazione della semilibertà trattamentale (art. 50 comma 2 prima parte ord. penit.).»*

<sup>26</sup> Così argomenta C. cost. 24 aprile 2020, n. 74.



cui vengono ricondotti effetti risocializzanti. Tra queste, indubbiamente, un ruolo importante riveste l'attività lavorativa.

Valorizzando i profili sopra evidenziati, la Corte costituzionale giunge pertanto a dichiarare l'illegittimità dell'art. 50, comma 6, ord. pen., nella parte in cui non consente al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la semilibertà, ai sensi dell'art. 47, comma 4, ord. penit., in quanto compatibile anche nell'ipotesi prevista dal terzo periodo del comma 2 dello stesso art. 50 (e dunque quando la pena detentiva da espiare sia superiore a sei mesi, ma non a quattro anni): una volta che il legislatore ha ritenuto di dover omologare le due misure dal punto di vista del *quantum* di pena e di consentire al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria e urgente l'affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47, comma 4, ord. penit. (come modificato dal d.l. n. 146/2013), non avrebbe alcun senso «*lasciare (contraddittoriamente) disallineato in peius il beneficio "minore", quanto alla possibilità di accesso anticipato e provvisorio al beneficio in presenza di un pericolo di grave pregiudizio, tramite provvedimento dell'organo monocratico*<sup>27</sup>».

#### 4. L'individualizzazione del percorso rieducativo.

La possibilità di applicare provvisoriamente la semilibertà c.d. surrogatoria dell'affidamento in prova non costituisce l'unico effetto realizzato dalla Corte costituzionale che, con la pronuncia in commento, rimarca la necessità di concretizzare un trattamento calibrato sulla persona del condannato.

Emerge chiaramente come, ammettendo la possibilità che il magistrato di sorveglianza possa applicare anticipatamente la semilibertà surrogatoria, la sentenza in commento non solo imprima una logica di coerenza al sistema delle misure alternative, ma riconosca sostanzialmente al condannato detenuto il diritto di fruire di un trattamento personalizzato che tenga conto dei progressi raggiunti e anche delle aspettative, tra cui quella di non perdere l'occasione di svolgere tutte quelle attività, realizzabili in regime di semilibertà ed aventi una spiccata valenza rieducativa, riconducibile alla finalità costituzionalmente garantita<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> In questi termini C. cost. 24 aprile 2020, n. 74, cit., che peraltro specifica come «*La mancata estensione della procedura prevista dall'art. 47, comma 4, ordin. penit. alla semilibertà "surrogatoria" aveva una giustificazione con riferimento alla precedente disciplina recata dalla disposizione ora citata, la quale - come si è ricordato - attribuiva al magistrato di sorveglianza il potere di disporre tout court la sospensione dell'esecuzione della pena e la messa in libertà del condannato, nelle more della decisione del tribunale di sorveglianza: meccanismo che appariva inopportuno estendere a soggetti privi dei requisiti di affidabilità richiesti per l'accesso all'affidamento in prova e condannati a una pena che, per la sua entità, non poteva dirsi sicuramente indicativa di una ridotta pericolosità*».

<sup>28</sup> La *ratio* della misura della semilibertà, secondo quanto disposto dall'art. 48 o.p., «*consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale*». Si tratta di attività che, seppure non esaustivamente indicate, devono essere teleologicamente riconducibili

In questo senso, la Corte evidenzia come l'attesa dei tempi fisiologicamente più lunghi del tribunale di sorveglianza potrebbe far perdere al condannato, già in possesso di tutti i requisiti necessari per la fruizione della misura, l'opportunità di lavoro<sup>29</sup> in relazione alla quale è stata formulata l'istanza di semilibertà e con essa l'effetto risocializzante connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa *extra moenia*.

Per attuare, infatti, i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, che a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari<sup>30</sup>.

Negare tali opportunità equivarrebbe a negare quel trattamento rieducativo che deve tendere, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale<sup>31</sup>. Del resto, rieducare un condannato significa aumentare per lui le *chances* di vivere nella società libera rispettandone le regole. E *"perché sia fatta salva la dignità della persona e perché la pena risulti rispettosa del principio di umanità, la rieducazione deve assumere la forma dell'offerta di aiuto: il carcere deve accompagnare i detenuti verso la libertà, nel rispetto delle loro capacità di scelta"*<sup>32</sup>.

Indubbiamente, concedere la possibilità di svolgere un'attività lavorativa<sup>33</sup>, attraverso l'applicazione di una misura alternativa alla detenzione, con-

alla risocializzazione del soggetto. In altre parole, è un atto di fiducia - non totale, ma quasi - che l'ordinamento rivolge al condannato e, allo stesso tempo, rappresenta l'occasione per dimostrare il superamento di quelle pulsioni personali che lo hanno determinato a delinquere. Nella sentenza Cass., pen. Sez. I, 3 ottobre 1997, n. 5561, in particolare si specificava che *«L'ammissione alla misura alternativa della semilibertà presuppone un giudizio prognostico sulla possibilità di un graduale reinserimento del soggetto nella società fondato sul dato oggettivo dei progressi già compiuti nel corso del trattamento, nonché sull'accertamento della possibilità del soggetto di partecipare ad una attività utile a favorire proprio quel graduale reinserimento sociale che costituisce lo scopo della misura. L'art. 48, legge 26 luglio 1975, n. 354, non specifica quali sono in concreto le attività utili, limitandosi ad indicare che debbono costituire un mezzo per conseguire la finalità del reinserimento sociale del condannato. Conseguo che l'attività deve servire ad accelerare quel processo "di modificazione degli atteggiamenti che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale" del condannato (art. 1, comma 2, d.p.r. 29 aprile 1976, n. 431) che la misura si prefigge di conseguire»*.

<sup>29</sup> In tema di lavoro, *"quale elemento positivo del regime penitenziario"*, si veda SPAGNOLO, *Il lungo cammino della riforma penitenziaria*, in *Il reinserimento dei detenuti. Esperienze applicative e novità legislative*, a cura di PICCININI e SPAGNOLO, Torino, 2020, 21 s.

<sup>30</sup> C. cost. 4 luglio 2006, n. 255, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>31</sup> ZANNOTTI, *Per una pena non più carcerocentrica: come pene diverse dal carcere possono contribuire al migliore reinserimento dei condannati*, in *Il reinserimento dei detenuti. Esperienze applicative e novità legislative*, cit., 5 ss.

<sup>32</sup> Così DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *RIDPP*, 2015, 1656.

<sup>33</sup> In tema di lavoro penitenziario, si veda PICCININI e ISCERI, *Il lavoro penitenziario: qualificazione e questioni applicative*, in *Il reinserimento dei detenuti. Esperienze applicative e novità legislative*, cit., 57 ss.

cretizza quell'offerta di aiuto<sup>34</sup>, idonea a riflettere la nozione di rieducazione cui, con molteplici espressioni<sup>35</sup> e nella pluralità di accezioni, la giurisprudenza costituzionale si è riferita e restituire al condannato la dignità di persona.

Non può esserci rieducazione senza il rispetto del limite invalicabile della dignità, né, viceversa, può immaginarsi alcuna dignità umana in una vicenda detentiva che sia priva della finalità rieducativa, ovvero orientata a fini esclusivi di sicurezza sociale<sup>36</sup>.

Con la sentenza in commento, dunque, la Corte costituzionale enfatizza il diritto di ciascun detenuto a seguire un percorso rieducativo che non può essere vulnerato da previsioni legislative che introducano rigidi automatismi nell'applicazione delle misure: *“così sottraendo al magistrato di sorveglianza il compito di valutare individualmente e caso per caso l'idoneità della misura a conseguire le finalità di risocializzazione che le sono proprie”*<sup>37</sup>.

Allo stesso tempo, peraltro, ribadisce un principio di diritto consolidato, quale quello per cui ciascun condannato ha diritto a vedersi riesaminare il trattamento punitivo al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo e tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale<sup>38</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, riecheggia ancora, risultando quanto mai attuale, quel principio di diritto enunciato più volte dalla Corte costituzionale secondo cui: *“sul legislatore incombe l'obbligo di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle (sent. n. 204 del 1974)”*.

C. cost., 7 aprile 2020 (dep. 24 aprile 2020), n. 74.

<sup>34</sup> Così FLICK, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), *Lavoro, dignità e costituzione*, secondo cui *“Il lavoro è fattore di unità e di organizzazione della base sociale ed è fattore di inclusione [...], mezzo per l'affermazione e lo sviluppo della personalità di ciascuno e, al tempo stesso, mezzo per il progresso materiale e spirituale della società Diversamente dal passato, dunque, il lavoro è inteso nella prospettiva della partecipazione, della cittadinanza e dell'inclusione; non più come parametro per l'appartenenza, l'esclusione e la separazione sociale”*.

<sup>35</sup> Tra le quali *“reinserimento dell'ordine sociale, reinserimento del reo nel contesto economico e sociale, reinserimento nel corpo sociale, risocializzazione, ravvedimento o recupero sociale, riadattamento alla vita sociale”*.

<sup>36</sup> Così FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it).

<sup>37</sup> FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., secondo cui *«La Corte ha anche recentemente confermato questa prospettiva: sia invitando ad una interpretazione della norma di legge costituzionalmente orientata; sia sottolineando come i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale siano “ormai organicamente compenetrati con le norme legislative che compongono l'ordinamento penitenziario” e forniscano “le linee guida per l'interpretazione delle singole disposizioni” (sentenza n. 189 e sentenza n. 291 del 2010)»*.

<sup>38</sup> C. cost., 4 luglio 1974, n. 204, cit.



## MASSIMO NOBILI: IL COSTUME DELLA LEGALITÀ

**Sergio Moccia**

1. Conobbi Massimo Nobili, tanti, tantissimi anni fa, quando eravamo giovani; avevo letto il suo libro sul principio del libero convincimento, che mi apparve come un vero e proprio capolavoro, per lo stile essenziale, senza mai una sbavatura, per il rigore dell'argomentare, senza tentennamenti, per l'assoluta condivisibilità degli esiti.

Già conoscevo Franco Bricola, altro grande Maestro, di terra bolognese - come Nobili, ma nel cui insegnamento 'costituzionalistico' si riconobbe - ed io continuo a riconoscermi - un'intera generazione di studiosi italiani. A lui chiesi di presentarmi Nobili ed egli accolse, con la sua consueta amabilità, la mia richiesta: eravamo a Siracusa - all'ISISC centro internazionale di elaborazione e diffusione della cultura penalistica magnificamente diretto da Alfonso Stile - e così conobbi una persona veramente particolare, una figura allampanata, con un forte tratto di riservatezza, di singolare eleganza vagamente anglosassone e di grandissima gentilezza. Io gli feci i complimenti per il suo bellissimo lavoro, lui, borbottando qualcosa, si schernì e immediatamente, quasi interrompendomi chiese di me, dei miei studi germanici di cui era al corrente. Fu veramente un impatto indimenticabile; allora rimanemmo d'intesa di non perderci di vista, infatti restammo sempre in contatto.

Ci ritrovammo a lavorare insieme nella gloriosa rivista Critica del diritto, fondata dal burbero Antonio Bevere, autentico garante della libertà di espressione. Il mio impegno, in questa rivista, resta una delle più gratificanti esperienze della mia vita di studioso. Essa contava collaborazioni di Mario A. Cattaneo, Luigi Ferrajoli, Marcello Gallo, Tullio Padovani, Claus Roxin, Raúl Zaffaroni e di tantissimi altri illustri colleghi, giovani e meno giovani, avvocati, magistrati, tra cui l'impareggiabile, indimenticabile Enzo Albano.

Quando fu declassata, in base a parametri a dir poco indegni rispetto all'assoluta qualità dei contenuti, Massimo, oltre che noi tutti, ci rimase malissimo, ma con una

uscita delle sue precisò che avrebbe continuato a collaborare solo se fossimo rimasti in 'serie b', a maggior scorno di chi aveva consentito questo scempio.

Altro ricordo incancellabile, la splendida lezione che Massimo ebbe la generosità di tenere nell'aprile del 1995 a Salerno in materia di criminalità organizzata e processo, quando lavoravo nell'Università di quella città. Un venerdì pomeriggio, un'aula stracolma di studenti, ma anche di tanti 'addetti ai lavori', e alla fine una *standing ovation* di diversi minuti. Erano i tempi di seminari, a cui ebbero la bontà di partecipare i più illustri Colleghi, italiani e stranieri; senza voler far torto ad alcuno, voglio ricordare tra tutti Sandro Baratta, gigante nel pensiero e nell'umanità.

2. La cifra dell'insegnamento di Massimo, a mio sommo avviso, fin dal lavoro sul libero convincimento, è la legalità. Qui va fatta una precisazione, il pensiero di Nobili è, ben a ragione, definito garantista, ma vorrei subito chiarire che questa definizione - che pur accomuna anche i miei più modesti scritti a quelli dell'insigne studioso - in fin dei conti non mi sembra utile: e non tanto per il significato insopportabilmente deterioro - ai limiti della contumelia - che è nella vulgata comune, per lo più giornalistica, ma non solo. Ma perché, se essere garantisti significa il rispetto delle disposizioni di legge, ed *in primis* della Costituzione, allora si tratta semplicemente di essere giuristi e dunque corretti, fedeli interpreti. Però, a questo punto, il problema riguarda il 'non garantista', cioè colui che non applica correttamente le norme, che le forza, che le ignora, finendo così per ispirare la sua azione a finalità che non gli competono ed in tal modo si pone *eo ipso* fuori della legalità, fuori dello stato di diritto e, dunque, fuori della democrazia.

La legalità a cui fa riferimento Massimo Nobili è da intendersi in senso lato che comprende anche il costume della legalità: esso riguarda leggi e prassi ed io su questo aspetto vorrei soffermarmi. E Massimo Nobili intendendo la procedura penale scienza pratica delle garanzie, denunciava con estrema lucidità la crisi del processo e della giustizia all'interno della più ampia crisi delle istituzioni.

Dalle sue puntuali notazioni, tuttora, attualissime, sembra di aver perso di particolare significatività il fatto che nel processo penale vengano in questione diritti fondamentali dell'individuo e, primo fra tutti, il diritto di libertà. Certamente non può disconoscersi che uno stato di diritto deve tutelarsi nei confronti di fenomeni criminali, realizzando le condizioni per un effettivo esercizio della pretesa punitiva statale - ma che questa deve esplicarsi con il rispetto delle garanzie - e che la necessità di un giusto processo è essa stessa una condizione vitale per uno stato di diritto. Va, pertanto, scongiurato nei fatti il formarsi di un divario sovente notevole tra l'enunciazione solenne, anche in Costituzione, dei principi e la loro concretizzazione, sia a livello legislativo che di prassi.

Un modello diverso di processo penale sembra invece aver trovato spazio di fronte a vere e/o presunte emergenze. Si è assistito, quindi, ad un *revival* di criteri legislativi e giurisprudenziali, 'esemplari', che si sono concretizzati in un notevole irrigidimento della coercizione processuale, con il ripristino di meccanismi di automatica applicazione della custodia cautelare, in una riespansione dei poteri inquisitori della polizia giudiziaria e, più in generale, nella messa in discussione dei principi basilari del processo accusatorio, quali il contraddittorio e la formazione della prova in dibattimento, con un ampliamento a dismisura dei poteri del pubblico ministero.

Il richiamo ai principi non può considerarsi superfluo nella misura in cui si ripropongono pericolose contrapposizioni tra istanze di garanzia ed istanze di efficienza; tra esse non può esservi divaricazione, si tratta, infatti, di aspetti complementari delle medesime esigenze di giustizia.

La pericolosa illusione di combattere i fenomeni criminali con i giudici e non sul piano politico-sociale e politico-criminale, ha provocato l'imporsi di una 'politica giudiziaria' con vere e proprie sovraesposizioni della magistratura, com'è testimoniato a livello normativo, dal progressivo rientro delle indagini nel processo, già iniziato con le sentenze della Corte costituzionale del 1992 e proseguito con la successiva novelazione di adeguamento al nuovo indirizzo. Il risultato è stato la tendenziale disattesa dei diritti fondamentali dell'individuo, sanciti negli artt. 13, 24, 25, 27, 111 Cost.

Va detto che la linea di rigore repressivo sviluppatasi inizialmente per contrastare, anche sotto il profilo processuale, la criminalità organizzata, ha portato a soluzioni normative e prassi giurisprudenziali che hanno travalicato i limiti della specialità antimafia. Così come lo stravolgimento di talune regole basilari in materia di custodia cautelare, realizzato a livello giurisprudenziale, è partito nell'ambito dei processi relativi ai fatti di corruzione di Tangentopoli, per continuare anche successivamente.

Come notava Massimo Nobile<sup>1</sup> può dirsi che vi è stato un superamento del modello accusatorio per privilegiare un orientamento all'accertamento della verità materiale, liberando il processo da sterili formalismi ritenuti d'impaccio. In particolare si è voluto "svincolare il processo dal regno sterile delle forme fini a se stesse" e collocare "legalità e garanzia nell'etica della responsabilità, anziché in quella delle forme", addebitando a quest'ultimo l'inefficienza che connotava il processo penale, specialmente in un'ottica antimafia; e non si capiva che l'eventuale recupero di efficienza a scapito del rispetto delle forme – cioè delle norme – implicava una caduta in termini di legalità difficilmente sopportabile per uno stato di diritto.

Ed invece, assecondando le stravaganti scelte della Corte costituzionale, si viene a sancire un'assoluta supremazia della funzione punitiva, con l'affidare alla coscienza, se non all'intuizione, del magistrato il potere di punire. Il che, in altri termini, nel postulare un'assoluta subordinazione delle norme procedurali a quelle sostanziali viene a stabilire, secondo Nobile, una nuova forma di autonomia ed indipendenza del magistrato, quella dalla legge processuale. E non è questione di 'sterili formalismi', qui è in gioco ben altro: il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Il processo senza le sue forme, le sue regole, non è più tale, gli atti fuori delle regole sono *opérations sublimes* – e qui Nobile<sup>2</sup> richiama la felicissima terminologia di Robespierre – ma non atti di giustizia: in luogo della procedura penale e del diritto abbiamo atti politici, eversivi. Gli atti politici spettano al potere politico, che li realizza, certo anche attraverso il diritto, ma all'interno di quelle direttive politiche fondamentali, divenute con la mediazione del diritto, principi.

<sup>1</sup> *Principio di legalità e processo penale* (in Ricordo di Franco Bricola), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 651.

<sup>2</sup> *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi"?*, in *Crit. dir.*, 1994, 67.

La procedura penale, ammonisce Nobili<sup>3</sup>, va ancora intesa come regola superiore e come limite al potere della magistratura. Abbiamo, invece, assistito ad un complessivo spostamento da un sistema concepito e giustificato sulla supremazia della legge verso uno sempre più imperniato sul potere del magistrato, postulato come immancabilmente affidabile e, quindi, superiore. Questo significa un rafforzato assetto autoritario della giurisdizione, dal momento che la forza dei provvedimenti dei magistrati risiede sempre meno nella legge e sempre più nell'organo che ha il potere; l'importante è che tale provvedimento venga da un organo che ha il potere di emetterlo. A ciò corrisponde un contestuale indebolimento delle procedure di controllo sull'operato dei giudici.

Tutto questo viene visto come una sorta di benefico giacobinismo, senza però avvedersi delle distorsioni sul piano della stessa democrazia, che si connettono ad un tale ruolo dei magistrati. Il processo che emerge si qualifica per l'elasticità delle sue regole, con un fiorire di prassi che solo a stento sono riconducibili alle previsioni normative; con i diritti degli imputati che risultano affidati all'incertezza di queste prassi e non alle certezze delle *regulae juris*.

L'enfasi posta sul valore dell'autonomia e dell'indipendenza della funzione giudiziaria tende, più o meno consapevolmente, a ridimensionare il valore della stessa categoria "norma giuridica": essa è espressione di qualcosa d'infido, quale è un potere, da contrastare, rappresentato da un'entità indistinta, comprensiva di classe politica, partitica, parlamentare, governativa. E l'essere 'potere contro' finisce per essere anche contro il prodotto di quegli altri poteri: la legge, un frutto impuro di quella classe politica. Serpeggiano, allora, atteggiamenti di indipendenza ed autonomia dalla stessa legge; idee di primato del potere giudiziario rispetto alla norma giuridica ed in particolare rispetto a quella processuale.

In realtà, nota bene a proposito Nobili<sup>4</sup>, il sistema italiano, rispetto alla dicotomia aristotelica tra un sistema fondato sulla supremazia della legge ed uno su quella dei giudici, ha optato per una terza via, in cui la supremazia è dei giudici, ma nell'ambito di un assetto che si suppone sia fondato ancora sulla prevalenza della norma. Un esempio lampante è dato dall'ipocrisia dell'asserita permanenza del principio di obbligatorietà dell'azione penale, fondato sul primato della legge. E questo spiega l'accreditarsi di definizioni rozze che non hanno alcunché di dottrina giuridica, come l'espressione 'prova sociale' quale convincimento collettivo di reità.

In uno stato di diritto il processo deve identificarsi con il dubbio, con le prove, con il contraddittorio. Deve presumersi la non colpevolezza. Quando si praticano altre vie, si tratta di applicazioni solenni di 'misure di salute pubblica', di 'pubblica tranquillità', di 'sicurezza generale', di 'zelo per il lavoro pubblico' tanto per continuare ad adoperare una terminologia cara a Robespierre: si tratta di atti politici.

A partire dalla novellazione del 1992 di attuazione della 'filosofia procedimentale' espressa dalla Corte costituzionale, si è capovolta l'impronta garantista del codice del 1988, delineata in termini inequivocabili soprattutto nella legge delega del 1987, ove all'art. 2 si legge, tra l'altro, chiaramente, che il nuovo codice "deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio". Ed invece proprio nella delicatissima

<sup>3</sup> *Principio di legalità e processo penale*, cit., 651.

<sup>4</sup> *Principio di legalità e processo penale*, cit., 652.



materia della prova le sentenze della Corte costituzionale hanno sconvolto il sistema accusatorio quale emergeva dalla riforma del 1988<sup>5</sup>.

In particolare il regime delle prove penali, che nel processo accusatorio trova la sua più chiara espressione nel dibattimento, viene stemperato fino ad ammettere, tra l'altro, la possibilità di recuperare le dichiarazioni rilasciate innanzi agli organi di polizia giudiziaria: non a torto può parlarsi di restaurazione del rito inquisitorio.

Volendo sintetizzare gli aspetti più rilevanti di questa radicale involuzione, va, innanzitutto, posto in risalto il recupero, nella fase dibattimentale, anche ai fini della valutazione probatoria, degli atti compiuti durante le indagini preliminari da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, nonché dei documenti e verbali di prova formati in altro procedimento.

Il dibattimento finisce per divenire luogo di controllo e valutazione di prove formate altrove; si viene a prefigurare una sorta di reviviscenza della vecchia istruzione sommaria, meno garantita della precedente, non essendovi la garanzia della presenza costante del difensore. Sono evidenti le violazioni dei basilari principi dell'oralità, del contraddittorio e del diritto di difesa.

Inoltre, con l'ampliamento dei poteri autonomi d'indagine, viene a delinarsi la possibilità di un'istruttoria di polizia, svincolata dalle direttive del pubblico ministero ed estesa anche ad atti che comportano l'assistenza difensiva, suscettibili di assumere, tramite il nuovo meccanismo delle contestazioni, diretta rilevanza in sede dibattimentale.

Strettamente connessa all'accresciuta rilevanza assunta dalle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari al pubblico ministero è l'introduzione della nuova fattispecie delle false informazioni al pubblico ministero, art. 371-bis c.p. - bilanciata, successivamente, per così dire, dalla fattispecie delle false dichiarazioni al difensore, art. 371-ter c.p. - e in questo contesto di rigore repressivo, si segnala la più severa disciplina dei reati contro l'amministrazione della giustizia, con l'aumento delle pene previste per il reato di falsa testimonianza e la previsione della nuova fattispecie delle false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria, art. 374-bis c.p.

Appare evidente che questi orientamenti, normativi e giurisprudenziali, tradiscano una concezione del processo, essenzialmente, in termini di difesa sociale, più che di attuazione della giustizia, con tutti i rischi di stravolgimento delle funzioni di un tale sensibile indicatore del grado di civiltà di una compagine statale: basti solo pensare al conseguenziale affievolimento dei diritti dell'individuo che una prospettiva del genere reca con sé.

Quando con il processo s'intende fronteggiare in via primaria il diffondersi di manifestazioni criminali - non quindi, come naturale effetto indotto - ciò significa cedere, come di consueto nelle emergenze di ogni tipo, alle suggestive illusioni della deterrenza, con il risultato di verticali cadute in termini di legalità, senza apprezzabili contropartite in termini di efficienza. Questa obiettiva squalifica delle garanzie formali significa la negazione di quelle scelte di valore, che presiedono all'opzione garantistica, quali il rispetto di libertà, personalità e dignità individuale nei confronti

<sup>5</sup> Prove a "difesa" e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 414 ss.

di un possibile arbitrio statale. È noto che, quando il regime probatorio si deteriora, imputazione e giudizio tendono a confondersi e ciò dà vita ad un appiattimento della funzione del giudice su quella della pubblica accusa e ad una consequenziale pre-determinazione della sentenza.

Ma, come sostiene Nobili<sup>6</sup>, è possibile anche una via intermedia, più subdola, quando si viene a creare un processo con insofferenza per le regole stabilite dalla legge, o quando è la stessa legge a tradire certe regole, allora si compie una mistificazione, pericolosissima per i diritti dell'uomo. Anche in questo caso abbiamo atti politici, insinuati, però per la pubblica opinione nella 'funzione' del processo giudiziario.

La crisi delle forme, qui, paradossalmente avviene per via di legge, ma la qualità dei risultati, rispetto ad operazioni chiaramente eversive dello stato di diritto, non cambia molto: le prove degradano, l'imputazione e il giudizio tendono a confondersi e identificarsi - il secondo è già contenuto nella prima -, il giudice è schiacciato dalla pubblica accusa, la legittimazione viene ricercata non nelle norme, ma in forme variegate di consensi esterni: il processo come garanzia allora scompare.

Tutto ciò sta al fondo della strada che s'imbocca quando entrano in crisi le forme. E, generalmente, sotto la patina rassicurante di involucri processuali, al primo richiamarsi a vere o presunte emergenze, il processo finisce per assumere la funzione di misura politica, quando ai valori delle forme sostituisce i valori dei risultati a tutti i costi, anche di quelli errati.

E qui viene in discussione la stessa partecipazione di accusa e difesa su basi di parità; laddove essa, in ogni stato e grado del rito, rappresenta un postulato di civiltà irrinunciabile, quale espressione di un funzionale rapporto libertà/autorità in termini di adeguatezza allo stato di diritto.

Molteplici, invece, sono stati i fattori che hanno concorso a sbilanciare il contraddittorio, finendo con il porre lo stesso ruolo della difesa in una condizione ambigua. E così l'esigenza del contraddittorio risulta notevolmente affievolita ed il tipo di amministrazione della giustizia che ne deriva pare oscillare tra un modello autoritario e un modello paternalistico.

Si pone allora in evidenza il problema del libero convincimento. L'esperienza, normativa e giurisprudenziale, presa in considerazione ci mostra come polarità di segno opposto una disciplina legale dei mezzi di prova ed il libero convincimento.

Questo viene inteso come elemento di legittimazione di un potere tendenzialmente illimitato del giudice nell'accertamento dei fatti, fondato sul principio, inopinatamente costituzionalizzato dalla Consulta, della non dispersione dei mezzi di prova. Laddove, correttamente intesa, come insegna Nobili, la libertà del giudice è criterio di valutazione e non di formazione della prova; il suo oggetto deve essere dato da materiale probatorio correttamente acquisito al processo nel contraddittorio e, quindi, secondo regole che pongano condizioni severe di attendibilità e controllabilità di mezzi e risultati.

Dunque, con l'adozione di criteri sostanzialistici per formazione e valutazione delle prove, il libero convincimento del giudice pare estendersi fino a poter apprezzare anche dati che non dovrebbero, perché non ne hanno la natura, costituire mezzi di prova legalmente acquisiti, né, tantomeno, averne l'efficacia. È inutile negare che sia

---

<sup>6</sup> *Principio di legalità e processo penale*, cit., 652.

il contraddittorio, sia la stessa terzietà del giudice sono stati drammaticamente posti in discussione. E ciò accade quando costituiscono materiale probatorio legittimamente acquisito le dichiarazioni rese, in totale assenza di contraddittorio, al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria nell'ambito delle indagini preliminari, divenuta di ampia, prolungata durata, con uno stravolgimento del regime probatorio del codice di procedura penale del 1988.

È caduta, infatti, quella sorta di presunzione di sospetto nei confronti degli elementi raccolti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, anche in relazione a quelli derivanti da interrogatorio senza la presenza del difensore. Il compito della ricerca della verità, come problema attinente all'efficienza nel controllo dei fatti di criminalità, deve, allora, conformarsi alle condizioni di ragionevolezza e legalità, stabilite in via generale ed astratta, senza adattarsi a contingenze e pressioni 'emergenziali'. Pertanto, all'interno del contraddittorio il valore della garanzia è esaltato proprio dalla possibilità di controllare e discutere la formazione e la valutazione della prova.

Il sistema processuale che si configura in seguito alle varie modifiche più o meno 'emergenziali' segnala un ruolo iperattivo del pubblico ministero ed un forte ampliamento dei suoi poteri – come pone in evidenza Nobili<sup>7</sup> – che lo rendono protagonista di un processo con controparti dai diritti notevolmente affievoliti; essi trovano la loro espressione più evidente nel complessivo ridimensionamento del diritto alla difesa, pur costituzionalmente sancito.

Indubbiamente il pubblico ministero è la figura su cui si scaricano le maggiori tensioni sociali e politiche, ma è altrettanto indubbio che dall'azione del pubblico ministero trae origine e si consolida il conflitto tra principi e prassi. Il 'nuovo' processo emerso, dopo gli interventi legislativi e le decisioni della Consulta richiamate, appare dominato dalle indagini del pubblico ministero.

Tuttavia, anche se si tratta di controllare, di imporre il rispetto della legge in sfere di potere, occulto o meno, particolarmente forti, che tendono con ogni mezzo a sottrarsi e che, di converso, quasi impongono la scelta verso un modello di giustizia 'forte' – che tende a valorizzare gli strumenti autoritari del processo – non è ammissibile in una democrazia avanzata ispirata al modello dello stato di diritto, mettere da parte, anche solo temporaneamente, vere e proprie conquiste di civiltà, che una lunga, e sovente sofferta, maturazione hanno imposto all'ordinamento giuridico, trovando solenne enunciazione nella stessa Legge fondamentale.

In effetti, quando si accredita un fondamento del sistema diverso da quello della *regula juris*, si scatenano e si coltivano prassi operative, sinergie con poteri politici, con *massmedia*, che impongono inquietanti modelli di giustizia, diversi da quello del diritto penale del fatto, creando poteri non ufficiali, illimitati e incontrollabili.

Di qui il passo, pericolosissimo, verso forme dicotomiche, surrettizie rispetto alla legge di 'legittimazione-delegittimazione'; e qui è l'accusa a porsi come entità già collaudata ed affermata in virtù dei consensi, mentre chi dissente o critica, 'delegittima'. Addirittura è l'organo giurisdizionale che, se assolve, delegittima; e ciò è palese,

<sup>7</sup> *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale* (1995), in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinarie mentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999, 240; *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 1992, IV-V, 11ss.

se si pensa alle pubbliche reprimende secondo cui un giudice, assolvendo, avrebbe 'azzerato' i risultati e l'opera anteriore del pubblico ministero<sup>8</sup>.

Appare allora indispensabile, per ricostruire un piano di complessiva, affidabile legalità, ridimensionare i poteri del pubblico ministero, rielaborare in senso garantistico il sistema probatorio, fissare con estrema chiarezza, al fine di scongiurare ogni tipo di abuso, le finalità della custodia cautelare – sovente intesa come 'provvisoria penale' – incatenando a precisi presupposti i poteri di coercizione cautelare e, contestualmente, predisponendo le condizioni per una riduzione dei tempi processuali.

Molti dei disagi traggono, infatti, la loro origine dalle carenze e dalle lentezze della macchina giudiziaria. Il procedere della giustizia si rivela spessissimo troppo faticoso, perché ci si possa permettere di escludere dalla base dei provvedimenti giurisdizionali degli elementi comunque acquisiti. E questo spiega l'accentuata valorizzazione del libero convincimento del giudice, del ruolo inquisitorio del pubblico ministero, rispetto al significato delle forme legali del processo, che non riesce a celare la sua sostanza autoritaria sotto il manto, rispettivamente, dall'efficienza, in rapporto all'accertamento della verità, e della completezza delle indagini, in rapporto alla dimostrazione delle ipotesi accusatorie.

Non va dimenticato, infatti<sup>9</sup>, che l'apparenza di una giustizia rapida ed efficiente nasconde meccanismi sommersi, tipici delle involuzioni autoritarie. Ciò si verifica, ad esempio, quando si pongono ostacoli, se non veri e propri impedimenti, al confronto con testimoni, quando si affermano libertà di prova in contrasto con le norme, quando si permette l'utilizzazione nel dibattimento di accuse rese solo 'inter alios' o raccolte tramite procedure in segreto.

Qui è la stessa tenuta dello stato diritto a venire in questione nei termini del *due process*. In esso vengono a verificarsi, senza possibili fraintendimenti, termini e qualità del rapporto tra individuo e autorità, che in una democrazia avanzata esige un processo penale, che non abbia come finalità precipua la lotta alla criminalità, ma consideri questa solo un effetto costante dell'accertamento della verità processuale. Un sistema ispirato ai principi dello stato di diritto non ha interesse, né convenienza ad una compressione dei diritti fondamentali, quale che sia la situazione contingente.

Tutto ciò accade ed è destinato ad accadere, quando si scatenano inquietanti, campagne moralistiche di *law and order* che finiscono per attribuire alla giustizia penale il ruolo di soluzione principe dei conflitti, ben al di là di vere o presunte emergenze. La giustizia, però, secondo gli schemi ricorrenti di una 'cultura emergenzialista', risulta assumere una fisionomia particolare, ben diversa da quella che delinea uno stato di diritto; essa determina preoccupanti commistioni di ruoli, di anticipazione di pena, di concerto con i *massmedia* ed ha come esito la realizzazione di irrivalenti processi sommersi, con l'immane corollario della *poena extraordinaria* della gogna.

3. Un'altra, grave, disfunzione strettamente connessa con la diffusione della 'incultura' delle garanzie, viene individuata da Nobili nella sistematica violazione del segreto esterno<sup>10</sup>. E questo fatto ha dato luogo, all'inquietante, fondata sensazione di una

<sup>8</sup> *Principio di legalità e processo penale*, cit., 654-655.

<sup>9</sup> *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre*, cit., 70.

<sup>10</sup> *Principio di legalità e processo penale*, cit., 658.

richiesta di consenso esterno all'azione della magistratura; e il più grave scandalo sta proprio nel fatto che il segreto sia per lo più violato strumentalmente al fine di poter indirizzare, anche politicamente il processo, per provocare nella pubblica opinione una reazione di tipo repressivo-giustizialista, di supporto all'azione giudiziaria. In effetti, la cronaca giornalistica e televisiva è stata inondata di messaggi che vanno ben oltre il fatto di cui si tratta e la stessa informazione giudiziaria si è trovata di fronte ad una giustizia cambiata per qualità e quantità. Una parte non trascurabile, ormai, del rapporto tra Stato ed individuo si ferma intorno al fenomeno giustizia e corre il pericolo di essere profondamente turbata dall'esaltazione, impropria per uno stato di diritto, di un modello processuale inteso prevalentemente in termini di vendetta.

È necessario tutelare i diritti della persona, specialmente per quel che riguarda la pubblicizzazione dell'informazione di garanzia, divenuta tradizione *massmediale*, consolidata e che va severamente censurata: si tende a costruire sin dall'inizio un'immagine di colpevolezza. Eppure la Carta costituzionale stabilisce solennemente, all'art. 27 co. 2, la presunzione di non colpevolezza del soggetto fino alla condanna definitiva; ma la quotazione di questa regola di civiltà appare molto bassa e ciò si deve anche ad un diffuso malcostume giornalistico, oltre che a poco provvide soluzioni legislative e prassi giurisprudenziali che 'normalizzano' la custodia cautelare in carcere, autorizzandone implicitamente una surrettizia funzione di anticipazione della pena.

Si è del tutto dimenticato che uno dei cardini del garantismo dello stato di diritto è dato dal diritto dell'accusato ad essere considerato innocente, prima di una sentenza di condanna passata in giudicato, cioè fornita di tutte le prove, le doglianze, le riconsiderazioni possibili. Alla presunzione di non colpevolezza o si crede o non si crede nei fatti: in larga misura non è neanche un problema di norme. A ben vedere è questo un principio di civiltà già alla base della dottrina del giusnaturalismo laico, di cui forse tutti gli altri principi dello stato di diritto in materia processuale costituiscono altrettanti corollari. Sembra, invece, resistere ancora un'ancestrale emozione 'sacrale' che spinge all'immediata individuazione del colpevole ed al suo contestuale sacrificio.

Ciò accade, quando si diffonde un atteggiamento 'culturale', per lo più d'ispirazione efficientista, che tende a svalutare le stesse decisioni giudiziarie<sup>11</sup>, per affidare il compito di giudicare e condannare, sotto le forme della stigmatizzazione e della pubblica squalificazione, ad altre istanze che, nei loro processi sommari, non sembrano avere molto a cuore garanzie relative a diritti della difesa, presunzione di non colpevolezza, riservatezza personale, se non, addirittura, dignità dell'uomo. E la caratteristica pregnante del processo *massmediale* è data dal 'deposito degli atti in edicola'.

Se è vero che ad una notevole accelerazione dei mezzi e, quindi, dei tempi di diffusione delle notizie si è abbinata la consueta, insopportabile lentezza dell'amministrazione della giustizia, ciò non significa, tuttavia, che sia auspicabile, o addirittura legittimo, fondare un giudizio extraistituzionale, e ancor meno una pubblica condanna, sulla base di atti procedurali come l'emissione di un avviso di garanzia o di un'ordinanza di custodia cautelare, che riguardano i momenti iniziali del procedimento, in rapporto ai quali si può essere ben lontani dall'effettiva fondatezza della pretesa persecutoria. E, invece, si finisce con l'attribuire a tali atti un carattere di definitività,

<sup>11</sup> *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., 227-228.

che essi non posso avere, e soprattutto li si lascia avvertire in questi termini all'opinione pubblica. Allora al processo penale, o meglio alla sua prima fase del procedimento vengono affidate funzioni che non le sono affatto proprie, non escluse quelle, molto inquietanti, di strumento per azioni politiche. In ogni caso, questo stato di cose, appare gravemente pregiudizievole, sia dei diritti di riservatezza e di tutela della dignità individuale, sia delle ragioni stesse di una serena e corretta amministrazione della giustizia<sup>12</sup>.

Va denunciato, pertanto, con chiarezza il fatto che questo stato di cose deriva dalla violazione sistematica del segreto istruttorio, che è resa possibile dalla disattesa, costante e diffusa, da parte degli organi deputati alla sua gestione, delle sue finalità istituzionali. Il segreto che conta andrebbe dunque efficacemente protetto e le sue violazioni andrebbero punite. Ma, sicuramente, ben più segrete del segreto istruttorio si sono rivelate le fonti e le vie della sua violazione.

Alla violazione della regola stabilita nell'art. 329 co. 1 c.p.p. del segreto sugli atti compiuti dal pubblico ministero o della polizia giudiziaria fino alla conoscibilità da parte del possibile imputato, andrebbe applicata la fattispecie di rivelazione di segreti di ufficio, di cui all'art. 326 c.p., sia che si tratti di rivelazione privata che di vera e propria pubblicizzazione, in applicazione della regola di civiltà, di cui all'art. 28 Cost. sulla responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello Stato. E sarebbe auspicabile una modifica della norma di cui all'art. 329 c.p.p., con un'estensione del divieto di divulgazione delle notizie relative a tutti gli atti d'indagine fino all'udienza preliminare, in modo da tener ragionevolmente conto delle esigenze di tutela della riservatezza e dell'onorabilità degli indagati, nonché delle parti private coinvolte nel processo; solo così il segreto troverebbe un'ampia ragionevole tutela nell'ambito del segreto d'ufficio. Ferma restando l'ipotesi esimente dell'esercizio del diritto di cronaca per il giornalista che si limiti a pubblicare le notizie coperte dal segreto: resterebbe, invece, intatta la sua responsabilità, a titolo di concorso, nel caso di istigazione alla rivelazione del depositario delle notizie, o, secondo un titolo autonomo di responsabilità, qualora si fosse procurato con mezzi illeciti la notizia.

È questo un campo in cui vengono a scontrarsi diversi interessi, tutti legati a diritti fondamentali, come la libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* diritto di cronaca giornalistica, a cui è strettamente connesso il diritto dei consociati ad essere informati su fatti che rivestono pubblico interesse; vengono, quindi, in evidenza i diritti che attengono alla personalità dell'individuo, così come l'interesse alla realizzazione della giustizia, sotto il profilo della serenità e indipendenza del giudice.

I criteri per la soluzione del conflitto possono essere molteplici; pare opportuno soffermarsi, sia pure cursoriamente, sul criterio assiologico-normativo, che fa riferimento ad una soluzione di tipo strutturale, attenta alla logica interna, alla dialettica dei diritti fondamentali, tutti dotati di autonomo riconoscimento costituzionale. Il criterio preso in considerazione origina da considerazioni di valore che traggono il loro fondamento dal rango dei diritti confliggenti. Ciò significa, in concreto, che, per quel che attiene alla difesa dei diritti della personalità individuale, sanciti all'art. 2 Cost. tra i "principi fondamentali" della Costituzione, essa deve avere una considerazione privi-

<sup>12</sup> Verso un nuovo garantismo?, in *Crit. dir.*, 1996, 248 ss.

legiata sia rispetto alla libertà di stampa, art. 21 Cost., che rispetto alle stesse esigenze processuali artt. 24 e 111 Cost.

Ciò, ovviamente, non significa che queste ultime prerogative debbano sempre soccombere, altrimenti non avrebbe avuto alcun senso il loro riconoscimento, ma soltanto che la violazione dei diritti della personalità debba apparire come l'*ultima ratio*, per il corretto esercizio delle funzioni legate agli altri interessi richiamati.

Vi dev'essere, allora, la verosimiglianza della possibile lesione del diritto fondamentale al rispetto della dignità e personalità individuale, per la presenza di presupposti incerti sulla fondatezza dei dati – quali i primi atti d'indagine – che non giustifica la condotta orientata alla soddisfazione dell'interesse confliggente: quest'ultima, infatti, necessita, ai fini di un corretto espletamento, dell'esistenza di dati tutt'altro che vaghi, proprio per la presenza di un interesse contrastante di particolare, notevole significatività.

Una riforma che voglia assicurare una migliore tutela della riservatezza, della dignità e della reputazione delle persone coinvolte nel processo – e che, al tempo stesso, sia idonea a tener conto anche degli altri interessi, di tipo istituzionale – per essere efficace dovrà eliminare le cause degli effetti che s'intendono evitare: questi il più delle volte sono prodotti già della notizia della semplice iscrizione del nome della persona nel registro delle notizie di reato.

Appare, allora, evidente che si dovrà intervenire non sulla disciplina degli “atti non pubblicabili”, di cui all'art. 114 c.p.p. – divieto “relativo” – posta prevalentemente a tutela di esigenze di natura endoprocessuale – con l'eccezione delle “tre situazioni speciali” – ma su quella degli “atti segreti”, art. 329 c.p.p. – divieto “assoluto” – laddove i diritti delle persone coinvolte nel procedimento sembrano trovare una maggiore considerazione.

Si tratterà, allora, di modificare l'art. 329 co. 1 c.p.p., eliminando il riferimento al limite della conoscibilità da parte dell'imputato e della sua difesa. In tal modo, il termine finale del segreto diventa la chiusura delle indagini preliminari. Ad essere resa pubblica sarà, allora, la richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero e, quindi, non ancora il decreto del giudice dell'udienza preliminare che lo dispone. In tal caso verrebbe abbracciata anche l'ipotesi dei riti alternativi in cui manca l'udienza preliminare.

Inoltre si dovrebbe modificare l'art. 329 co. 2 c.p.p., eliminando il potere di de-segretazione del pubblico ministero, e l'art. 329 co. 3 lett. a) e b) c.p.p., eliminando perché inutili, i poteri di segretazione del pubblico ministero.

In considerazione del fatto che l'art. 329 co. 1 c.p.p. fa riferimento agli “atti di indagine”, si è ritenuto di non considerare tali l'avviso di garanzia e l'iscrizione del nome della persona nel registro delle notizie di reato; questi atti, dunque, non sarebbero coperti da alcuna forma di segreto.

Per superare questo inconveniente, di non poco momento, si potrebbe fare riferimento alla figura, derivata dal diritto amministrativo degli “atti presupposti”: modificando l'art. 329 co. 1 c.p.p. si potrebbero inserire dopo il riferimento “alla polizia giudiziaria”, le parole “ogni atto presupposto”. Il testo dell'art. 329 co. 1 c.p.p. dunque dovrebbe essere il seguente: “Gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria ed ogni altro atto presupposto sono coperti dal segreto fino alla chiusura delle indagini preliminari”. Una soluzione di tal genere avrebbe il pregio di rivitalizzare la fattispecie di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio, art.

326 c.p., che, anche in riferimento alla disciplina attuale della pubblicità degli atti del procedimento penale, appare, invece, del tutto desueta; la sua applicazione riporterebbe sui soggetti tenuti al segreto il baricentro per la garanzia della tutela di diversi interessi, che vengono in rilievo in questo contesto e che, a causa di una normativa farraginoso, e poco perspicua, risultano costantemente offesi.

È evidente, tuttavia, che tale soluzione non risolve affatto tutti i problemi; essa lascia aperti margini per possibili strumentalizzazioni. È solo una solida cultura delle garanzie – quella propugnata in tutta la sua opera da Massimo Nobili – che potrà assicurare il cittadino contro indebite violazioni della sua dignità, *sub specie* riservatezza, operate all'interno del procedimento penale.

4. In conclusione un cenno all'ultimo capolavoro di Massimo, "L'immoralità necessaria" del 2009, una originalissima riflessione sulla giustizia penale. L'opera attinge ad un arsenale culturale smisurato, le "aree limitrofe" del diritto e della procedura penale, quali letteratura, antropologia, storia, belle arti, religione, musica. E così la gran parte dell'universo penalistico viene offerta, accompagnata dai profondi turbamenti d'animo di un coltissimo 'uomo di buona volontà', che da *Le Erinni*, *Il castigo*; si snoda lungo *Sonde* nel processo penale; *Prova*, accertamento, errori; *Specchi della Storia*; *Giustizia*, parole, insegnamenti; *Sproporzioni*; *Colpevolezza*: i capitoli del libro. Ed in ognuno di questi capitoli una parte è anche dedicata all'iconografia connessa, pur essa attraversata in lungo e in largo, a partire dalle miniature medievali, sino a giungere all'espressionismo, passando per le fasi più significative dello sviluppo delle arti figurative. E non mancano i riferimenti alla musica colta.

E a questo proposito, egli richiama l'Adagietto della Quinta sinfonia di Gustav Mahler<sup>13</sup>, che rappresenta per me il sublime nella musica con un andante melodico ammaliante che tocca l'anima, a cui segue un tratto maestoso, espressivo di sentimenti titanici in un movimento a spirale che potrebbe continuare all'infinito.

In realtà l'Autore, attraverso 964 citazioni o, "trapianti" come egli preferisce dire, mette in campo un raffinatissimo arsenale argomentativo, funzionale alla ricostruzione di impostazioni di fondo, problemi generali, singole opzioni, istituti relativi al diritto e alla procedura penale. Va in atto un confronto con le espressioni più alte della cultura nel corso della Storia in un contesto di sapiente strategia espositiva. E un confronto di tal genere, con il richiamarsi contestualmente ai saperi ed alle esperienze artistiche, anche fortemente distanti le une dalle altre, per genere, tempo e spazio, finiscono per dar vita ad un riconoscimento al valore dell'affascinante sfida dello strutturalismo critico, che tanto entusiasmò la nostra generazione alla fine degli anni Sessanta, quando al di là di inutili steccati di genere o di 'provinciali' tecnicismi, si tendeva a forme critiche, complesse di conoscenza, innanzitutto dell'uomo – non più ad una dimensione – e di ciò che dell'uomo e della società erano ragioni, problemi, esigenze, prospettive. Vale la pena di sottolineare che l'orientamento 'critico' equivaleva, ed equivale ancora, alla ferma persuasione che noi non viviamo affatto nell'unico dei possibili mondi, tutt'altro! E a trarne le debite conseguenze.

Certo, a pensarci bene, quanto risultano attuali queste tematiche!

---

<sup>13</sup> *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009.



Spingere a riflettere di nuovo strutturalisticamente è un altro grande merito del lavoro di Massimo.

All'interno di un Seminario pensato per giovani, mi pare giusto soffermarmi su un aspetto che Nobili tratta in maniera semplicemente toccante: quello relativo a "Giustizia, insegnamento, atenei" di cui ogni docente delle nostre materie dovrebbe tener conto: "Tutti crediamo di conoscere l'insegnamento che occorre per la giustizia penale. Tale consapevolezza è invece rara. I destinatari sarebbero estremamente recettivi: ma in realtà chi, quando e in che modo insegna ai ragazzi italiani come mai una buona perizia, tuttavia compiuta senza certe regole, la si butta nel nulla? E perché ha un senso il *favor rei*. Non sono faccende per specialisti e tale larga trascuratezza causa il disastro di incomprensioni quotidiane ...

Le facce di quel nesso (giustizia-insegnamento) sono numerose. Dalle opere che contano spicca anche la magia, il prodigio insondabile ... dei rapporti individuali di insegnamento"<sup>14</sup>.

E, continuando, Nobili pone felicemente in rilievo che "moltissimo sta in relazioni personali di tipo straordinario; qualcosa d'inesprimibile che entra in strati sconosciuti". E "deve coinvolgere la parte più profonda dell'individualità, toccare le corde più intime"<sup>15</sup>. "È il prodigio della trasmissione; passa per le capacità di accendere il fuoco nelle anime degli allievi; invade, dischiude, può anche distruggere. Tutto questo accade mentre trattiamo del reato continuato, della motivazione, della bancarotta"; quando cioè facciamo della didattica accademica, che Nietzsche maliziosamente definisce quella "strana procedura che consiste nel parlare e nell'ascoltare"<sup>16</sup>.

È certo che vi sia della magia nel discorso che Nobili ci propone sull'insegnamento universitario; un dover essere contrafatticamente avversato da miserie di istituzioni ed uomini.

È inutile negarlo - anche in seguito a disastrose riforme ordite nei confronti dell'Università - attualmente si assiste ad una forte demotivazione nell'apprendimento, dovuta ad una radicata tendenza ad una spersonalizzante oggettivazione: si giudicano gli studenti in base al mero profitto, termine mutuato dal gergo aziendale, che porta a risolvere la formazione in un puro fatto quantitativo, dove a sommarsi sono nozioni e voti. Siccome la quantità è misurabile con il calcolo, dall'Università vengono espulse tutte quelle dimensioni che sfuggono alla calcolabilità, quindi reattività, emozioni, identificazioni, proiezioni, desideri, piaceri, dolori che costellano la crescita giovanile.

E ciò spiega, perché, sovente, prendono bei voti quei giovani che hanno un basso livello di creatività, scarsi impianti emozionali, limitate proiezioni fantastiche, perché, libera da questi 'inconvenienti', la mente può disporsi ad immagazzinare tutte quelle nozioni che si ordinano con rigore e precisione; più sono disanimate, meno coinvolgono l'anima, all'insegna di quel risparmio emotivo che rende l'incasellamento delle informazioni molto più agevole.

Un'offerta culturale così disanimata può essere foriere solo di vuoto emotivo ed esistenziale, con tutto quel che consegue, talora, anche in termini drammatici.

<sup>14</sup> *L'immoralità necessaria*, cit., 329.

<sup>15</sup> *L'immoralità necessaria*, cit., 331.

<sup>16</sup> *L'immoralità necessaria*, cit., 331.

Spesso, allora, l'identità degli studenti cosiddetti bravi si costruisce sulle disfatte di quelli cosiddetti non bravi; le valutazioni avvengono tanto spesso sulla base di impressioni soggettive, dove le proiezioni sfuse di studenti e professori si mescolano e approdano ad una valutazione costruita in un colloquio di trenta/quaranta minuti che si svolge tra due sconosciuti.

Si dice che sovente l'insuccesso sia un problema di volontà, d'impegno da parte di chi studia: ma la volontà non esiste al di fuori dell'interesse e l'interesse non esiste separato da un legame anche emotivo. Ed il legame emotivo non si costruisce quando il rapporto tra professore e studente è un rapporto di reciproca diffidenza, se non di assoluta incomprensione.

E non vale obiettare che compito dell'Università è di istruire la mente e non prendersi cura dei fattori emotivi, perché dal topolino nel labirinto al giovane studente, non si dà apprendimento senza gratificazione emotiva e l'incuria dell'emotività è un gran rischio che uno studente corre, ma lo corre anche un docente.

Quando la poesia è in crisi - scriveva George Bernanos - non servono i critici, servono i poeti e cerchiamoli allora questi poeti dell'Università che è in crisi: Massimo Nobili era uno di questi.

## LE NOVITÀ IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI TELEFONICHE

Alessandro Diddi\*

**Sommario:** Premessa. – **1.** La nuova disciplina del captatore informatico: a) Reati di criminalità organizzata e assimilati. – **b)** Reati contro la pubblica amministrazione. – **c)** Reati comuni. – **2.** Il procedimento di acquisizione delle conversazioni e delle comunicazioni e l'istituzione dell'archivio digitale. – **3.** (segue) La selezione dei dati rilevanti: a) Avvio dell'udienza stralcio nel corso delle indagini preliminari. – b) Deposito delle intercettazioni con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. – **c)** Avviso di deposito a seguito di giudizio immediato. – **4.** L'acquisizione al fascicolo del dibattimento. La trascrizione. – **5.** Tecniche di redazione delle ordinanze cautelari ed esercizio del diritto di accesso agli atti. – **6.** La tutela della riservatezza. – **7.** L'utilizzabilità in altri procedimenti. – **8.** Conclusioni.

### Premessa.

Il 1° settembre 2020, dopo due successivi interventi normativi (il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 ed il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 convertito dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7) ed una lunga serie di rinvii (la nuova disciplina doveva originariamente applicarsi ai procedimenti iscritti successivamente al 26 luglio 2018 ma il d.l. 25 luglio 2018, n. 91, la l. 30 dicembre 2018, n. 145, il d.l. 14 giugno 2019, n. 53, il d.l. 161 del 2019 ed il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 hanno rispettivamente spostato il termine al 31 marzo 2019, al 31 luglio 2019, al 31 dicembre 2019, al 30 aprile 2020 e, da ultimo, al 31 agosto 2020) entra finalmente in vigore la tanto attesa riforma delle intercettazioni telefoniche.

Tante le novità introdotte soprattutto per quanto riguarda la disciplina del captatore informatico e del procedimento di acquisizione, conservazione e trascrizione del materiale acquisito tramite le intercettazioni. Il tutto, oltre che per dare copertura normativa ad una tecnica non prevista dalle norme originali, al fine di rafforzare le misure a protezione della riservatezza delle comunicazioni che, negli ultimi anni, avevano fatto emergere profili di criticità.

\* Professore Associato di Diritto Processuale Penale e di Diritto Penitenziario presso l'Università della Calabria.

Piccoli ritocchi della disciplina, però, hanno riguardato anche aspetti non del tutto marginali, come ad esempio l'introduzione di una nuova ipotesi di intercettazione (quella prevista dalla lett. f) *quinquies* che contempla i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo); il coordinamento delle previsioni contenenti il diritto di accesso alle intercettazioni telefoniche utilizzate per le misure cautelari con la nuova disciplina dell'archivio digitale, e, soprattutto, l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali esse sono state disposte, recentemente oggetto di una importante decisione delle sezioni unite della corte di cassazione (la sentenza n. 51 del 2020) che ha finalmente risolto un'annosa disputa interpretativa.

## 1. La nuova disciplina del captatore informatico.

La principale novità in materia di intercettazioni telefoniche è certamente costituita dalla disciplina del captatore informatico che, dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni, potrà essere utilizzato per tutti i reati per i quali è possibile eseguire le intercettazioni.

Come noto, in assenza di una disciplina *ad hoc*, le sezioni unite Scurato (cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889) avevano ritenuto applicabile tale nuova tecnica di intercettazione ai soli reati di criminalità organizzata sia pur a costo di un ragionamento non del tutto convincente ove rapportato al principio di riserva di legge che governa l'intera materia.

Il legislatore, dunque, con l'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 268 c.p.p. ha finalmente dato copertura normativa all'utilizzo di tale strumento di captazione fino ad ora non disciplinato, sia rispetto alle conversazioni telefoniche e ambientali, che alla messaggistica non vocale.

A tale riguardo, si deve sottolineare che ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, il legislatore si è preoccupato di prevedere come obbligatorio l'impiego, ai sensi dell'art. 89 disp. att. c.p.p., di programmi conformi ai requisiti tecnici (stabiliti con decreto del Ministro della giustizia) di affidabilità, sicurezza ed efficacia ed in grado di limitare l'esecuzione delle intercettazioni alle sole operazioni autorizzate.

Viste poi le difficoltà per la inoculazione del software in grado di trasformare i dispositivi mobili in apparecchi ricetrasmittenti, per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, l'ufficiale di polizia giudiziaria, in base a quanto prevede l'art. 268, comma 3-*bis* c.p.p., può avvalersi di persone idonee di cui all'art. 348, comma 4.

Sebbene, come accennato, con l'entrata in vigore delle nuove norme in tutti i casi in cui sono ammissibili le intercettazioni di comunicazioni è possibile anche l'installazione in un dispositivo elettronico portatile del captatore informatico, tre sono, tuttavia, i regimi applicativi dello strumento di cui si tratta a seconda che si proceda: a) per i reati previsti dall'art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.; b) per i reati con pena massima non inferiore a cinque anni contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio; c) per i reati comuni.

### a) Reati di criminalità organizzata ed assimilati.

Con riferimento ai reati di cui ai commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p. il legislatore ha sostanzialmente recepito le indicazioni *praeter legem* provenienti dalla citata sentenza delle sezioni unite Scurato. Premesso che le intercettazioni tramite captatore informatico in dispositivo mobile sono assimilabili ad una intercettazione ambientale, nessun limite particolare è previsto per questa categoria di reati dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p. La nuova tecnologia, in particolare, potrà essere impiegata anche qualora il dispositivo mobile capti conversazioni in luoghi di cui all'art. 614 c.p. In questi casi, infatti, trovando applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del d.l. n. 151 del 1991 che, in deroga ai presupposti fissati dall'art. 266, comma 2, c.p.p., permette la acquisizione di conversazioni che si svolgano anche nei luoghi di privata dimora senza che sia necessario che in essi vi siano attività criminose in atto, l'autorizzazione all'utilizzo del nuovo mezzo tecnologico può essere concessa (fermo restando ovviamente tutti gli altri presupposti) ancorché non sia possibile prevedere i luoghi nei quali il dispositivo elettronico potrebbe essere introdotto.

L'unica condizione è costituita dal fatto che, ai sensi dell'art. 267, comma 1, il decreto autorizzativo (che in caso di urgenza può essere adottato anche dal pubblico ministero il quale dovrà indicare, ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, anche le ragioni dell'urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice), deve contenere l'indicazione dei motivi che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini.

Dal confronto tra la nuova disciplina e quella applicabile fino al momento della sua entrata in vigore, emerge come mentre la sentenza Scurato, ritenendo utilizzabile il captatore informatico per tutti i reati di criminalità organizzata, comprendeva tra essi anche l'art. 416 c.p., il rinvio rigido operato dall'art. 268, comma 2-*bis* ai reati di cui ai commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 non sembrerebbe contemplare il reato associativo non qualificato.

Il principio di tassatività che in forza dell'art. 15 Cost. trova applicazione nella materia *de qua* dovrebbe condurre a ritenere che per il reato di cui all'art. 416 c.p. la disciplina applicabile sia quella prevista per i reati comuni (v. *infra*) e che un'ultrattività dei principi elaborati dalla citata sentenza Scurato si porrebbe, oggi, *contra legem*.

### b) Reati contro la pubblica amministrazione.

Una delle principali novità (anche se, secondo talune decisioni, questa parte della normativa sarebbe già applicabile per effetto della entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3) è costituita dalla possibilità di eseguire le intercettazioni di comunicazione tra presenti mediante captatore informatico anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. qualora si proceda per taluno dei 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.).

Si deve ricordare, a tale riguardo, che l'art. 6, comma 1, del d.lgs. 216 del 2017 (per questa parte già in vigore dal 26 gennaio 2018) aveva esteso la disciplina prevista dall'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 per i reati di criminalità organizzata, anche

ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione (in pratica, occorre la “sufficienza” in luogo della “gravità” degli indizi; le operazioni devono essere “necessarie per lo svolgimento” e non già “assolutamente indispensabili per la prosecuzione” delle indagini; la durata dell'autorizzazione è fissata in “quaranta” e non in “quindici” giorni e quella delle successive proroghe in “venti” e non in “quindici” giorni).

Dal 1° settembre 2020, dunque, qualora si proceda per reati contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni commessi da pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio è possibile l'intercettazione tramite captatore informatico in luoghi di privata dimora anche qualora in essi non vi sia un'attività criminosa in atto.

In questa ipotesi, tuttavia, il decreto autorizzativo (che nei casi di urgenza può essere adottato anche dal pubblico ministero il quale dovrà specificare, ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, anche le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice), deve indicare tanto le motivazioni che, ai sensi dell'art. 267, comma 1, c.p.p., rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini, quanto quelle che, ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, ne giustificano l'utilizzo nei citati luoghi di privata dimora.

### c) Reati comuni.

Per tutti i reati comuni il captatore informatico potrà essere impiegato sempre a condizione che le conversazioni non avvengano in luogo di privata dimora di cui all'art. 614 c.p. altrimenti l'intercettazione è consentita – in forza del principio contenuto nell'art. 266, comma 2, c.p.p. – solo se vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

In pratica, i software (che come visto devono essere conformi agli standard previsti dal decreto ministeriale) devono essere in grado di consentire di agire da remoto sull'apparato dispositivo nel quale esso viene installato in modo da escluderne la capacità ricetrasmittente qualora si trovi in un luogo di privata dimora.

Dall'art. 267, comma 2-*bis*, c.p.p. si ricava che il pubblico ministero non può mai disporre, con decreto motivato d'urgenza, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile.

In ogni caso, il decreto del giudice che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile deve contenere, ai sensi dell'art. 267, comma 1, c.p.p., oltre l'indicazione delle ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini, anche quella dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Lo scopo della previsione è quello di evitare che l'utilizzo del nuovo mezzo tecnologico possa eludere quanto statuito dall'art. 266, comma 2, c.p.p. che – si ribadisce – per la legittimità delle captazioni in luoghi domiciliari presuppone che sia in atto l'attività criminosa.

## 2. Il procedimento di acquisizione delle conversazioni e delle comunicazioni e l'istituzione dell'archivio digitale.

L'altra fondamentale novità della riforma a ben vedere è quella della completa rivisitazione della disciplina di acquisizione e conservazione delle conversazioni e comunicazioni che, a prescindere dallo strumento tecnologico attraverso il quale sono state intercettate, prevede oggi un meccanismo piuttosto complesso di 'trattamento' la cui *ratio* ispiratrice è quella di tutelare la riservatezza tanto delle persone estranee al procedimento (le cui conversazioni loro malgrado potrebbero confluire negli atti del processo) quanto dello stesso indagato che, nonostante sottoposto ad indagini, non perde il diritto a non vedersi violare la segretezza delle comunicazioni e di tutto quanto non abbia attinenza rispetto alle indagini.

Si tratta dell'aspetto certamente più delicato e con riferimento al quale forti sono stati i ripensamenti del legislatore nel passaggio tra la prima versione (quella contenuta nel d.lgs. 216 del 2017) e quella poi entrata in vigore (di cui al d.l. 161 del 2019).

Al fine di evitare il fenomeno della divulgazione e della pubblicazione di conversazioni prive di rilevanza ai fini dello svolgimento delle indagini, è stato previsto che per le operazioni di intercettazione siano osservate una serie di cautele che, in un quadro di estrema sintesi, possono essere così schematizzate: a) in apposito registro riservato (il c.d. R.I.T.) 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.); b) il pubblico ministero deve impartire indicazioni e vigilare affinché nei verbali redatti dalla polizia giudiziaria (nei quali, ai sensi dei commi 1 e 2, dell'art. 268 c.p.p., sono annotate le operazioni compiute e trascritte anche sommariamente i contenuti delle comunicazioni intercettate) non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge salvo, in quest'ultima evenienza, che risultino rilevanti ai fini delle indagini (art. 268, comma 2-*bis*, c.p.p.); c) il verbale delle operazioni previsto dall'art. 268 comma 1, c.p.p. deve contenere 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, poi, si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, esso deve indicare anche il tipo di programma impiegato (che come visto deve essere conforme a quanto stabilito dal decreto ministeriale) e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni (art. 89, comma 1, disp. att. c.p.p.); d) presso ogni ufficio della Procura della Repubblica, poi, è istituito, sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni, un apposito *archivio digitale* (artt. 169, comma 1, c.p.p. e 89-*bis* disp. att. c.p.p.); e) nell'archivio digitale sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono (art. 269, comma 1, c.p.p.; art. 89-*bis*, comma 1, disp. att. c.p.p.); f) i verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio digitale (art. 268, comma 4, c.p.p.); g) l'ar-

chivio 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; a tal fine 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 (art. 89-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p.); *h*) all'archivio possono accedere 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 solo nei casi previsti dal codice ed ogni accesso deve essere annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche nel quale sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati (art. 89-*bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.); *i*) con decreto del Ministro della Giustizia, non avente natura regolamentare, adottato sentito il Garante per la protezione dei dati personali, sono fissati i criteri a cui il Procuratore della Repubblica si attiene per regolare le modalità di accesso all'archivio digitale a tutela della riservatezza degli atti ivi custoditi.

L'applicazione di questa complessa procedura di acquisizione e conservazione dei dati dovrebbe costituire lo scheletro portante delle misure concepite per evitare che, come avvenuto in passato, attraverso le intercettazioni telefoniche possano essere violati oltre misura i principi costituzionali posti a salvaguardia della segretezza delle comunicazioni.

Il completamento di tale procedura avverrà anche quando il Ministro della Giustizia adotterà il decreto previsto dall'art. 2, comma 6, d.l. 161 del 2019 con il quale dovrà stabilire le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni sarà eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Quando anche questa fase del processo di trasformazione sarà completato, tutto il procedimento (e gli atti che lo compongono) sarà dematerializzato e attraverso adeguati sistemi di protezione potranno essere evitate fughe di notizie non controllabili come, purtroppo, sovente avveniva nel vigore della precedente disciplina.

### 3. (segue). La selezione dei dati rilevanti.

Le misure previste per la fase di acquisizione e conservazione dei dati emersi durante le operazioni di intercettazioni, si saldano con la disciplina introdotta per la selezione del materiale destinato ad entrare poi nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello del dibattimento e, dunque, a perdere fisiologicamente i requisiti di riservatezza.

Una volta terminate le operazioni di intercettazione con la trasmissione dei verbali e delle registrazioni presso l'archivio digitale, infatti, si avvia il procedimento di acquisizione dei dati suscettibili di utilizzazione probatoria.

Il procedimento, a tale riguardo, è scandito in due fasi: ad una prima necessaria e sostanzialmente destinata alla selezione del materiale che dall'archivio digitale confluisce nel fascicolo delle indagini di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p., segue una seconda, eventuale, destinata invece a far trasmigrare il materiale stesso nel fascicolo del dibattimento.



La prima fase può seguire tre differenti modelli a seconda delle scelte operate dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari.

#### **a) Avvio dell'udienza stralcio nel corso delle indagini preliminari.**

In via ordinaria è previsto che entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni (salvo provvedimento di autorizzazione al ritardo del deposito non oltre la chiusura delle indagini ai sensi dell'art. 268, comma 5, c.p.p.), i verbali e le registrazioni siano depositati presso l'archivio digitale insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero o prorogato dal giudice (art. 268, comma 4, c.p.p.). Ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso della facoltà di esaminare per via telematica gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 268, comma 6, c.p.p.). In questa fase, ai difensori, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà, è consentito, a norma dell'art. 269, comma 1, l'accesso presso l'archivio digitale e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate con gli apparecchi a disposizione dell'archivio stesso senza, tuttavia, poter estrarre copia delle stesse (art. 89-bis, comma 4, disp. att., c.p.p.). Scaduto il termine previsto per l'ascolto delle registrazioni, il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti a condizione che essi 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.

Quando si procede secondo il modello ordinario (che si può prevedere sarà raramente adottato), dunque, le parti hanno l'onere di formulare un elenco con l'esatta specificazione delle comunicazioni ritenute rilevanti e presentarlo al giudice il quale all'esito di un'udienza stralcio, alla quale il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare previo avviso di almeno ventiquattro ore prima, (art. 268, comma 6), dispone l'acquisizione del materiale destinato a confluire nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p.

Da questo momento, le conversazioni e le comunicazioni acquisite ed i verbali ad esse relative, in base all'art. 269, comma 1, non sono più coperti da segreto ed i difensori delle parti, ai sensi dell'art. 89-bis, comma 4, disp. att. c.p.p., possono ottenere copia sia delle registrazioni che degli atti ad esse relativi. Sempre in forza della medesima disposizione, il rilascio delle copie è annotato in apposito registro gestito con modalità informatiche nel quale sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia.

#### **b) Deposito delle intercettazioni con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.**

Qualora non si sia proceduto ai sensi dei commi 4, 5 e 6 dell'art. 268 (e, dunque, qualora nel corso delle indagini non sia avvenuto il deposito delle intercettazioni e non si sia svolto il procedimento di acquisizione delle registrazioni nel fascicolo delle indagini attraverso l'udienza stralcio), è con l'avviso di conclusione delle indagini di

cui all'art. 415-*bis* c.p.p. che si avvia il procedimento di selezione del materiale rilevante.

Sebbene tale ipotesi sia apparentemente disciplinata come derogatoria rispetto a quella generale disciplinata dall'art. 268 c.p.p., è facile prevedere che essa rappresenterà in pratica quella più frequentemente utilizzata.

In base all'art. 415-*bis*, comma 2-*bis*, c.p.p. accanto a quelli consueti, l'avviso di conclusione delle indagini conterrà anche l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà sia di esaminare per via telematica gli atti depositati relativi alle intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, sia di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero.

In pratica, all'avviso di conclusione delle indagini, il pubblico ministero dovrà allegare l'elenco delle comunicazioni che ritiene rilevanti ai fini del successivo rinvio a giudizio e con riferimento a queste ultime la *discovery* sarà totale ed il difensore potrà ottenerne copia al pari degli altri atti depositati.

A seguito dell'avviso, il difensore, entro il termine di venti giorni, dopo aver eventualmente ascoltato le registrazioni ed esaminato gli atti non depositati dal pubblico ministero presso l'archivio digitale ed eventualmente ottenuto copia di quelle già selezionate dal pubblico ministero, ha facoltà di depositare un proprio elenco contenente le ulteriori registrazioni da lui ritenute rilevanti e di cui chiede copia.

Sull'istanza, secondo quanto dispone la nuova previsione, provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può avanzare al giudice istanza affinché proceda, con le forme dell'udienza stralcio di cui all'art. 268, comma 6, c.p.p., alla selezione del materiale utilizzabile.

### **c) Avviso di deposito a seguito di giudizio immediato.**

Un'ulteriore eventualità è quella prevista per il caso in cui il pubblico ministero, non avendo effettuato il deposito delle registrazioni nel corso delle indagini, abbia esercitato l'azione penale attraverso la richiesta di giudizio immediato.

Anche in questo caso, non essendo l'iniziativa dell'organo dell'accusa preceduta da alcun deposito di atti, è previsto che il pubblico ministero presenti, ai sensi dell'art. 454, comma 2-*bis*, c.p.p., l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche che reputa rilevanti ai fini di prova e dei quali il difensore può ottenere copia. Quest'ultimo, poi, a sua volta, entro quindici giorni (termine eventualmente prorogabile di dieci giorni a seguito di richiesta) dalla notifica del decreto che dispone il giudizio immediato, può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Anche in questo caso sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. Il difensore, in caso di rigetto della sua richiesta da parte del pubblico ministero o di contestazione delle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, può avanzare al giudice istanza affinché proceda attraverso udienza stralcio nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6, alla selezione del materiale utilizzabile.

#### 4. L'acquisizione al fascicolo del dibattimento. La trascrizione.

A differenza di quanto prevedeva la versione originale dell'art. 268 c.p.p. (che in via ordinaria affidava al giudice, all'esito dell'udienza stralcio, il compito di procedere alla trascrizione integrale delle registrazioni da acquisire osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie), il nuovo comma 7 della citata previsione statuisce oggi che *anche* nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431, il giudice 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.

Nonostante la previsione alluda al fatto che la trascrizione non debba avvenire nel corso dell'udienza stralcio, nulla esclude che il giudice all'esito della attività di selezione delle comunicazioni informatiche o telematiche non irrilevanti, non inutilizzabili e che non riguardano categorie particolari di dati personali, possa anche disporre la perizia per la trascrizione delle intercettazioni acquisite.

La scelta di demandare ad un momento successivo (quello della formazione del fascicolo del dibattimento) la trascrizione delle intercettazioni acquisite dipende dal fatto che l'espletamento della perizia, che può comportare una dispendiosa attività, potrebbe rivelarsi del tutto inutile qualora l'imputato chieda di definire il processo con il giudizio abbreviato.

Per tale ragione, il legislatore ha optato per la individuazione del momento in cui procedere alla trascrizione delle intercettazioni in quello in cui avviene la formazione del fascicolo del dibattimento.

In applicazione di quanto, poi, statuisce l'art. 431, comma 2, c.p.p. (in forza del quale le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero), l'art. 268, comma 7, c.p.p. statuisce che, in luogo della perizia, può essere disposto, con il consenso delle parti, 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.

La lettera del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. (laddove prevede che anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo del dibattimento è possibile l'espletamento della perizia) fa evidentemente salva la possibilità di effettuare perizia nel corso del dibattimento, oltre che in caso di contestazioni (ipotesi espressamente contemplata dalla disposizione in esame), sia per disporre l'acquisizione di conversazioni che dovessero risultare successivamente rilevanti, sia per acquisire le intercettazioni precedentemente selezionate ma delle quali non sia stata disposta o non si sia potuto disporre (come nel caso di giudizio immediato) perizia.

#### 5. Tecniche di redazione delle ordinanze cautelari ed esercizio del diritto di accesso agli atti.

A tutela della riservatezza, che potrebbe essere pregiudicata dalla divulgazione del contenuto dei provvedimenti non più coperti da segreto una volta notificati all'interessato e che potrebbero contenere al loro interno la riproduzione di ampi brani di

intercettazione, il d.lgs. n. 216 del 2017 ha introdotto due previsioni che regolano il modo di redazione delle ordinanze applicative delle misure cautelari.

In forza del comma 1-*ter* dell'art. 291 c.p.p., la richiesta di misura cautelare non può anzitutto contenere la riproduzione integrale delle intercettazioni, bensì solo quella dei brani essenziali. Corrispondentemente, anche l'ordinanza emessa dal giudice, in base al comma 2-*quater* dell'art. 292, può riprodurre soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, quando necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi.

Piccoli ritocchi, per lo più resi necessari per coordinare la disciplina già in vigore con quella dell'archivio digitale di nuova introduzione, sono stati invece apportati dal d.l. 161 del 2019 con riferimento all'esercizio del diritto di accesso agli atti presentati dal pubblico ministero con la richiesta di applicazione della misura cautelare.

Come noto, ai sensi dell'art. 291, comma 1, c.p.p., il pubblico ministero deve presentare al giudice competente, oltre gli elementi su cui si fonda la richiesta, anche le conversazioni rilevanti che devono essere conferiti nell'archivio digitale; conseguentemente il difensore, ai sensi dell'art. 293, comma 3, c.p.p., ha diritto, oltre che di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'art. 291, comma 1, anche di ottenere la trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati e delle relative registrazioni secondo quanto disposto da Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336 (che ebbe a dichiarare l'illegittimità dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa 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).

L'art. 269, comma 1, c.p.p. a tale riguardo statuisce che non sono coperti da segreto, oltre i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'art. 373, comma 5 (e di cui si è detto), anche quelli comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari e tale parte della disposizione allude evidentemente all'eventualità che, prima ancora dello svolgimento dell'udienza stralcio (o della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini), il pubblico ministero abbia utilizzato il materiale acquisito attraverso le intercettazioni per richiedere una misura cautelare, personale o reale, ovvero per motivare un qualunque altro mezzo di ricerca della prova del quale debba disporre il successivo deposito ai sensi dell'art. 366 c.p.p.

Inedita la previsione contenuta nell'art. 92, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p. a mente della quale, qualora a seguito dell'adozione dell'ordinanza cautelare rinvenga conversazioni ritenute non rilevanti o non utilizzabili, il giudice ne dispone la restituzione al pubblico ministero affinché le custodisca nell'archivio digitale di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p.

## 6. La tutela della riservatezza.

La nuova disciplina ha, dunque, previsto una serie di misure dalla cui combinata applicazione dovrebbe uscire rafforzata la tutela della riservatezza.

In pratica, poiché alla luce di quanto dispone l'art. 329 c.p.p., tutta la documentazione conservata nell'archivio delle intercettazioni deve ritenersi coperta dal segreto

e che, ai sensi dell'art. 269, comma 1, secondo periodo, non sono più coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari, solo con il completamento della fase di acquisizione delle conversazioni rilevanti, secondo uno dei tre diversi modelli, oltre che nel caso di conversazioni utilizzate ai fini della richiesta di applicazione di una misura cautelare o della motivazione di un provvedimento di perquisizione, ispezione o sequestro, viene meno il segreto ed i risultati delle operazioni di intercettazione potrebbero essere oggetto di divulgazione.

Tutto il materiale conservato nell'archivio digitale, invece, resta coperto da segreto e qualunque violazione, dolosa o colposa, potrà essere sanzionata ai sensi dell'art. 326 c.p.

Tra l'altro, poiché il Procuratore della Repubblica è il destinatario degli obblighi di adozione ed attuazione delle misure di protezione della sicurezza e segretezza dei dati presenti nell'archivio digitale e si tratta di obblighi non delegabili, in caso di indebita diffusione di notizie destinate a rimanere segrete non dovrebbe essere difficile l'individuazione del responsabile della violazione.

Le misure di protezione si saldano e si completano con quanto, poi, previsto dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 114 c.p.p. che prescrive il divieto assoluto - dalla cui violazione deriva l'integrazione della contravvenzione di cui all'art. 684 c.p. - di pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* o 454, c.p.p.

Ai sensi dell'art. 269 c.p.p., infine, tutte le registrazioni sono in ogni caso conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione; tuttavia agli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, è data la possibilità di chiederne la distruzione anche prima, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione.

## 7. L'utilizzabilità in altri procedimenti.

Per effetto di quanto previsto dal d.l. n. 161 del 2019, il regime di utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti è subordinato a diverse condizioni.

Sul punto, come accennato, erano intervenute le sezioni unite Cavallo (Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51) secondo le quali, il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai reati accertati in forza di tali risultati che risultano connessi ex art. 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p.

Secondo la nuova versione dell'art. 270, comma 1, c.p.p. i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino oltre che indispensabili anche *rilevanti* per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p.

Accanto alla deroga già contemplata nella versione originaria dell'art. 270 c.p.p. (l'indispensabilità delle intercettazioni ai fini dell'accertamento dei delitti per i quali è

obbligatorio l'arresto in flagranza) è stato inserito, dunque, il requisito della rilevanza e la previsione della rilevanza (oltre che della indispensabilità) per l'accertamento dei reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p.

Tenuto conto del fatto che in quest'ultima categoria rientra il catalogo dei reati per i quali è previsto come obbligatorio l'arresto in flagranza, in pratica non sarà facile definire come le due deroghe potranno operare se, cioè, congiuntamente (con l'effetto di ulteriormente restringere l'ambito di applicazione dell'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento diverso) ovvero disgiuntamente (con l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione dell'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento diverso ma a costo di un'amputazione della prima parte della norma).

Una disciplina *ad hoc* è stata, poi, prevista per quanto concerne l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile che in base, al comma 1-*bis*, possono essere utilizzati, fermo restando quanto previsto dal comma 1 del medesimo art. 270, anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'art. 266, comma, 2-*bis*.

Anche in questo caso, la clausola di salvezza di quanto statuito dal comma 1, del medesimo art. 270, dischiude scenari interpretativi di non agevole soluzione.

## 8. Conclusioni.

La riforma delle intercettazioni telefoniche, dunque, è avvenuta in nome della protezione del diritto alla riservatezza ed in effetti, a ben vedere, essa sembra aver delineato un archivio digitale - vale a dire un *data base* protetto da adeguati sistemi di sicurezza - nel quale troveranno conservazione tutti gli atti concernenti le intercettazioni telefoniche e le registrazioni ottenute attraverso di esse e al quale - 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 - potranno accedere solo a determinati condizioni e nel rispetto dei criteri di sicurezza previsti per i dati esaminati.

L'individuazione del responsabile della sicurezza nella persona del Procuratore della Repubblica e la indelegabilità degli obblighi di tutela della segretezza dei dati conservati nell'archivio digitale, poi, dovrebbero costituire adeguate barriere per prevenire le intollerabili violazioni alla riservatezza a cui si è assistito nel corso degli ultimi anni.

Insufficiente, semmai, resta la previsione contenuta nell'art. 684 c.p. destinata a colpire gli operatori dell'informazione che entrati in possesso di dati conservati nell'archivio digitale ne diffondano il contenuto, trattandosi di una contravvenzione che, peraltro, potrebbe essere estinta tramite il pagamento di somme a titolo di oblazione di modestissima entità.

Se quella faticosamente attuata dal legislatore potrà dirsi una buona riforma solo il tempo lo potrà testimoniare.

Quello che, però, ad una visione di sintesi può subito emergere è che la riforma, in nome della tutela della riservatezza, ha sacrificato, completamente o in parte, altri principi fondamentali che pure dovrebbero essere inviolabili.

Non può sfuggire, infatti, come per il perseguimento dello scopo, il legislatore abbia sostanzialmente esautorato il difensore e l'imputato dall'esercizio delle facoltà di accesso al materiale conservato nell'archivio digitale.

A parte le difficoltà pratiche concernenti l'organizzazione (che dovrebbe avvenire senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica) di postazioni adeguate e sufficienti per consentire ai difensori di poter effettuare presso gli archivi digitali l'ascolto e l'esame degli atti relativi alle intercettazioni, secondo il nuovo sistema il difensore, entro il termine fissato dal pubblico ministero (se quest'ultimo ha optato per l'attivazione dell'udienza stralcio) ovvero nei canonici venti giorni (qualora l'organo dell'accusa abbia optato per la *discovery* delle intercettazioni all'esito delle indagini preliminari) o nei quindici giorni (eventualmente prorogabili di ulteriori dieci, qualora l'esercizio dell'azione penale sia avvenuto nelle forme del giudizio immediato), dovrebbe poter essere in condizione di accedere personalmente presso l'archivio digitale ed ascoltare intercettazioni disposte su decine (se non centinaia) di utenze, durate magari anni e senza poter disporre della copia dei verbali (che, ai sensi dell'art. 269, comma 1, secondo periodo, non sono più coperti da segreto solo quando relativi a comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, o comunque utilizzate nel corso delle indagini preliminari).

Salvo quanto previsto dall'art. 415-*bis*, comma 2-*bis*, c.p.p., poi, l'indagato è completamente escluso dalla possibilità di accedere personalmente presso l'archivio digitale (l'art. 89-*bis*, comma 3, disp. att. c.p.p., peraltro, non lo contempla neppure tra i soggetti che potrebbero accedere all'archivio) il che sta a significare oltretutto che qualora lo stesso sia detenuto qualunque accesso diretto agli atti gli è praticamente inibito (non potendo né accedere all'archivio né poter disporre della copia delle intercettazioni e dei verbali) con grave violazione di quella garanzia, contenuta nell'art. 111, comma 3, Cost., di poter disporre, in quanto accusato, delle *condizioni* e del *tempo* necessari per poter preparare la difesa.

Al difensore, ancora, (stante la previsione contenuta nell'art. 89-*bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.) sembrerebbe vietato di avvalersi di ausiliari (come consulenti tecnici e/o investigatori) ai quali eventualmente demandare - ammesso che tutto ciò possa sopperire alle esigenze difensive - le operazioni di ascolto e selezione del materiale utile ai fini della difesa.

Il legislatore ha probabilmente scritto la riforma movendo dall'idea, che però non trova alcuna corrispondenza nella prassi, che la selezione del materiale eseguita dalla polizia giudiziaria nel corso delle operazioni di ascolto sia totalmente esaustiva anche per la difesa e che quest'ultima non possa, attraverso una rilettura ed un'analisi complessiva del materiale acquisito, trovare elementi di prova diversi o scoprire, nelle conversazioni captate, significati reconditi e/o inediti e inconciliabili con quelli ricostruiti dagli inquirenti.

L'idea che le intercettazioni siano un patrimonio unilateralmente interpretabile, che debba rimanere nell'esclusiva disponibilità del pubblico ministero il quale può in ogni tempo riesaminarlo, anche avvalendosi della polizia giudiziaria (che a differenza degli ausiliari della difesa, l'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. ammette ad accedere presso l'archivio digitale) eventualmente anche alla luce delle risultanze processuali e che, per contro, la difesa non debba disporre di una analoga possibilità in condizioni compatibili con le normali organizzazioni degli studi professionali, rappresenta un *vulnus* del principio di parità delle armi.





# IL CONTRASTO E LA REPRESSIONE DELL'INTERMEDIAZIONE ILLECITA E DELLO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO: IL CASO UBER

**Carla Cubicciotto e Bruno Andò**

Trib. Misure Prev. Milano, decreto 27 maggio 2020, n. 9

**Sommario.** **1.** Premessa. – **2.** Il caso Uber: la proposta di amministrazione giudiziaria. – **3.** Gli elementi costitutivi del nuovo delitto di cui all'art. 603-bis c.p. – **4.** Il decreto delle Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano. – **5.** Conclusioni.

## 1. Premessa.

La recente decisione con cui il Tribunale di Milano<sup>1</sup> ha disposto l'amministrazione giudiziaria nei confronti della società UBER Italy S.r.l., ha sollecitato un approfondimento sulle implicazioni economiche derivanti dallo sfruttamento lavorativo e stimolato una riflessione sul ricorso ad istituti – quali quello della amministrazione giudiziaria ex art. 34 del Codice antimafia – funzionali a prevenire od evitare efficacemente le distorsioni del mercato del lavoro e, quindi, ad impedire il prodursi di conseguenze negative sul tessuto economico.

La Procura di Milano, in un primo momento, aveva richiesto l'attivazione dell'amministrazione giudiziaria nei confronti di UBER Portier B.V., società di diritto olandese, limitatamente all'unità organizzativa con sede nella periferia di Milano, ed ha successivamente esteso la richiesta – avanzata ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 159/2011 (come modificato dalla legge 161/2017) – anche alla società UBER Italy S.r.l., ritenendo a quest'ultima ascrivibile, sotto il profilo di omesso controllo, un'attività agevolatrice in

---

<sup>1</sup> Trib. Milano, Sez. Aut. M. P., 27 maggio 2020, n. 9.

favore dei soggetti indagati del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Ai sensi della disposizione da ultimo citata, il presupposto per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria è la sussistenza di indizi sufficienti a ritenere che determinate attività economiche, anche di carattere imprenditoriale, siano state di ausilio o abbiano agevolato le attività: 1) di persone nei confronti delle quali sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione; 2) di persone sottoposte a procedimento penale per reati di criminalità organizzata<sup>2</sup>, reati di pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione in forma associativa<sup>3</sup>, alcuni reati contro il patrimonio<sup>4</sup> e, come nel caso in esame, di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p.

Tale misura, stando ad un precedente dello stesso Tribunale<sup>5</sup>, deve intendersi avere finalità non *“repressiva quanto preventiva, volta cioè non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la contaminazione mafiosa (rectius, illecita) di imprese sane, sottoponendole a controllo giudiziario con lo scopo di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti”*.

Con la modifica dell'art. 34 e l'introduzione dell'art. 34-bis del D.Lgs 159/11 ad opera della Legge n. 161/2017, il legislatore ha dunque inteso superare l'impostazione – sicuramente rigorosa ma poco “agile” ed anche poco efficace – secondo cui l'attività di prevenzione dell'infiltrazione di organizzazioni criminali nelle attività di carattere economico potesse avvenire solo attraverso gli istituti della confisca e del sequestro, mediante l'ablazione patrimoniale e la successiva acquisizione dei beni da parte dello Stato.

Attraverso tale modifica normativa, invece, si è voluto favorire il contrasto alla contaminazione antiggiuridica delle imprese, con l'obiettivo di *“depurarle dagli elementi inquinanti”*<sup>6</sup> e garantire nondimeno che l'attività economica continui senza sostanziali soluzioni di continuità che possano incidere negativamente sull'eventuale parte *“sana”* dell'azienda.

Pertanto, ai fini della applicazione di tale misura di prevenzione non rileva tanto la natura, illecita o meno, dell'attività economica in questione, quanto che essa sia in qualche misura coinvolta – in termini di agevolazione – in una condotta illecita altrui, e ciò anche qualora l'agevolazione sia esercitata con modalità lecite: non a caso il

---

<sup>2</sup> Reati di associazione mafiosa ex art. 416-bis c.p.; trasferimento fraudolento di valori ex art. 512-bis c.p.

<sup>3</sup> Peculato ex art. 314 c.p.; peculato mediante profitto dell'errore altrui ex art. 316 c.p.; malversazione a danno dello Stato ex art. 316-ter c.p.; concussione ex art. 317 c.p.; corruzione per esercizio della funzione ex art. 318 c.p.; corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio ex art. 319 c.p.; corruzione per atti giudiziari ex art. 319-ter c.p.; corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio ex art. 320 c.p.; istigazione alla corruzione ex art. 322 c.p.

<sup>4</sup> Estorsione ex art. 629 c.p.; riciclaggio ex art. 648-bis c.p.; impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita ex art. 648-ter c.p.

<sup>5</sup> Trib. Milano, Sez. Aut. M. P., 24 giugno 2016, Pres. Roia, Est. Tallarida.

<sup>6</sup> L'espressione è di QUATTROCCHI, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al “caporalato” nel caso Uber*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020, 6.

comma 1 dell'art. 34 espressamente richiede che non debbano ricorrere i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti dei soggetti titolari dell'impresa.

Ed invero, l'unico presupposto negativo previsto dalla norma è la mancanza di elementi per l'applicazione di una misura di prevenzione nei confronti dell'imprenditore o, comunque, di colui che sia preposto all'esercizio dell'attività economica agevolatrice.

Questi deve essere necessariamente soggetto terzo rispetto all'agevolato, e la sua attività imprenditoriale deve effettivamente rientrare nella sua disponibilità: al contrario, qualora l'imprenditore fosse un mero prestanome dell'agevolato, ricorrerebbero i presupposti per l'applicazione delle diverse misure del sequestro o della confisca di prevenzione che, come noto, possono aggredire l'intero patrimonio di cui il proposto possa disporre sia direttamente sia per interposta persona.

Sotto il profilo oggettivo, quindi, non è previsto che l'attività economica agevolatrice sia svolta mediante modalità illecite, richiedendosi che essa abbia solo offerto un contributo per favorire o facilitare in qualche misura l'attività dei soggetti di cui si è detto, né presuppone che in capo all'agevolato sia stata giudizialmente accertata alcuna responsabilità penale; infatti questi può essere anche solamente proposto per una misura di prevenzione o indagato per uno dei reati sopra indicati.

Il soggetto terzo che abbia posto in essere l'attività agevolatrice – nel caso di specie rappresentato da una persona giuridica, la cui attività va interpretata, ovviamente, attraverso i comportamenti riconducibili alle persone fisiche che ricoprono ruoli di decisione, rappresentanza e controllo – deve aver tenuto una condotta che sia censurabile sotto il profilo della rimproverabilità colposa (secondo gli ordinari canoni della colpa generica), senza ovviamente postulare la sussistenza di una consapevole volontà di agevolare l'illecito; in quest'ultimo caso, infatti, la condotta, potrebbe essere qualificata come forma di partecipazione colpevole tipica del diritto penale<sup>7</sup>.

Volendo seguire questa linea interpretativa, qualora si ravvisassero effettivamente i presupposti per un risanamento societario, sarebbe necessario predisporre, di concerto con l'Amministratore Giudiziario, un programma che sia idoneo ad impedire nuove infiltrazioni illegali, senza però comprimere eccessivamente il diritto di impresa (costituzionalmente protetto) mediante la predisposizione di strumenti di *governance* idonei ad evitare futuri incidenti di commistione con la criminalità organizzata<sup>8</sup>; il pensiero va, evidentemente, ai modelli organizzativi previsti dal D.lgs 231/2001.

## 2. Il caso Uber: la proposta di amministrazione giudiziaria.

Nel caso in esame, l'Accusa aveva evidenziato un consistente quadro indiziario idoneo a sostenere, in relazione alle attività delle società per le quali era richiesta la misura, il loro carattere ausiliario rispetto alle condotte poste in essere da soggetti sottoposti a procedimento penale per il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro *ex art. 603-bis c.p.*

<sup>7</sup> Trib. Milano, Sez. Aut. M. P., 23 giugno 2016, NoloStand S.p.A.

<sup>8</sup> Corte Cost., 29 novembre 1995, n. 487.

In particolare, quanto alla ritenuta sussistenza – nella prospettiva *de qua* – del delitto presupposto per la applicazione della misura, l'organo proponente aveva segnalato l'esito di accertamenti svolti nei confronti di due enti giuridici, attivi nel settore del “*pony express*” per conto di Uber Italy, all'esito dei quali erano stati individuati tre soggetti ritenuti responsabili, a vario titolo, di una struttura societaria collegata in rapporto di *partnership* con la galassia Uber.

Più precisamente, sulla base delle sommarie informazioni testimoniali assunte da soggetti di etnia africana che avevano lavorato come *riders*, oltre che dalle conversazioni telefoniche intercettate e dai sequestri eseguiti durante le indagini, era stato possibile individuare una struttura organizzativa asseritamente illecita, caratterizzata, tra l'altro, dall'esistenza di rapporti lavorativi con personale non regolarmente assunto (sul punto, la proposta sottolinea anche l'anomalia per cui, sebbene lavorassero, di fatto, per Uber Italy, alcuni *riders* avessero rapporti contrattuali esclusivi con la sola casa madre Uber).

In particolare, si sosteneva che la società controllata Uber Italy S.r.l. si fosse servita di due società, con sede a Milano, che si occupavano di gestire l'organizzazione dell'attività di impresa, sia sotto il profilo della logistica che del reclutamento del personale, nelle diverse città italiane in cui Uber è presente.

La manodopera reclutata mediante l'intermediazione di tali due società era costituita in prevalenza da migranti, retribuiti a cottimo c.d. “puro” (3€ netti per ogni consegna), senza che sul prezzo potessero incidere, in senso migliorativo, variabili quali la distanza percorsa, le condizioni climatiche, l'orario notturno o il giorno festivo; vi era, al contrario, la possibilità che la retribuzione potesse essere ridotta di ulteriori 50 centesimi a consegna (c.d. *malus*), in relazione all'indice di gradimento del servizio o alla mancata cancellazione dell'ordine da parte dei destinatari dei prodotti alimentari, ovvero nel caso in cui lo stesso *riders* non avesse accettato almeno il 95% delle proposte di consegna<sup>9</sup>.

Le attività di indagine avrebbero consentito, inoltre, di accertare che i reclutatori avevano approfittato dello stato di bisogno dei lavoratori (persone in situazioni economiche molto precarie e con permesso di soggiorno temporaneo), i quali, proprio in ragione di tale condizione, potevano essere facilmente indotti ad accettare condizioni di lavoro ai limiti del rispetto della dignità umana, caratterizzate da:

- pagamenti irrisori;
- condizioni e orari di lavoro incompatibili con il rispetto delle norme in materia di igiene e sicurezza sul lavoro;
- la sistematica sottrazione delle mance da parte dei datori di lavoro.

Inoltre, per quanto ricostruito dalla Procura, sarebbero risultati frequenti ricorsi ad intimidazioni di ogni tipo, come la minaccia di non corrispondere il pagamento

---

<sup>9</sup> L'Art. 47-*quater* d.lgs. 81/2015 prevede che, “*in difetto della stipula dei contratti collettivi i riders non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti, sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Inoltre deve essere garantita ai riders un'indennità integrativa non inferiore al dieci per cento determinata dai contratti collettivi o, in difetto, con decreto del Ministro del lavoro per il lavoro svolto nelle ore notturne, durante le festività e in condizioni meteorologiche sfavorevoli*”.

dovuto in relazione a consegne già effettuate e di inibire l'accesso all'*account* della piattaforma utilizzata per l'accettazione degli ordini<sup>10</sup>.

È noto, infatti, che gli operatori economici del settore del *food delivery*, Uber incluso, ricorrono all'utilizzo di una piattaforma digitale (applicazione per dispositivi mobili) per favorire l'incontro di domanda e offerta di un servizio, garantendo la presenza di un vettore per la consegna.

Accanto a questa modalità "diretta" di somministrazione di un servizio, ne era prevista un'altra che nasceva dalla volontà di alcuni ristoratori di voler beneficiare di un determinato numero di *riders* per le proprie consegne.

Per andare incontro a queste nuove esigenze, si è infatti provveduto alla costituzione di una tipologia di società dette "*fleet partners*", che si pongono come intermediari nella gestione delle flotte di *riders*, con diritto di esclusiva per grandi catene di ristorazione.

Gli indagati, nel caso di specie, appartenerebbero a quest'ultima categoria di reclutatori, ossia a coloro che, nell'interesse di grandi catene di ristoranti e *fast food*, garantivano la disponibilità di un numero certo di *riders*.

Sempre dalle indagini sarebbe emersa l'esistenza, tra la Uber Portier B.V. e le società di organizzazione delle flotte di *riders*, di un *contratto di prestazione tecnologica* diretto, alla luce del quale poter immaginare – senza tuttavia, come vedremo, determinare l'emissione di alcun provvedimento, e ciò in ragione dell'assenza di ulteriori elementi idonei a sostenere un coinvolgimento della *holding* – che quest'ultima avesse contezza delle modalità esecutive dell'attività illecita.

Al netto, però, della mancanza di indici di partecipazione consapevole della *holding* nell'attività degli indagati, rimaneva il dato per cui Uber Italy S.r.l. – controllata dalla società di diritto olandese – avrebbe comunque favorito l'attività imprenditoriale degli indagati<sup>11</sup>.

La Procura della Repubblica di Milano ha quindi ritenuto che, attraverso la predisposizione di questo tipo di organizzazione, la Uber Italy S.r.l., quale articolazione territoriale italiana della *holding* olandese, avrebbe agevolato l'attività imprenditoriale di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro degli indagati, ovvero dei preposti delle due società di reclutamento: ha richiesto, pertanto, la sottoposizione ad amministrazione giudiziaria sia della società italiana sia della controllante olandese.

### 3. Gli elementi costitutivi del nuovo delitto di cui all'art. 603-bis c.p.

Da quanto emerso in seguito alle indagini svolte, il Tribunale ha ritenuto esistenti sufficienti indizi per ipotizzare, in capo ai responsabili delle società di reclutamento, gli estremi del reato di cui all'art. 603-bis c.p., rubricato "*intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*", che la Legge 161 del 2017 ha inserito tra i reati in relazione

<sup>10</sup> L'art. 47-*quiquies* d.lgs. 81/2015, dopo aver stabilito che ai *riders* si applica la disciplina antidiscriminatoria ed a tutela della libertà e della dignità del lavoratore, prevista per i lavoratori subordinati, vieta espressamente "*la esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione*".

<sup>11</sup> QUATTROCCHI, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale*, cit., pag. 6.

ai quali, ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. 159/11, è possibile applicare, nei confronti del soggetto giuridico che abbia posto in essere una condotta agevolatrice in favore dell'indagato o imputato, la misura patrimoniale in esame.

La fattispecie prevista dall'art 603-bis c.p. è stata significativamente rimodellata con la L. 199/2016, contenente “*disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*”.

La norma, originariamente prevista dal D.L. 138/2011, convertito in L. 148/2011, è stata introdotta, attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza in occasione di un intervento legislativo funzionale a fronteggiare un fenomeno – quello del caporalato – che, in quel momento, risultava oggetto di una profonda campagna di sensibilizzazione, e collocata all'interno della sezione dedicata ai delitti contro la personalità individuale.

La struttura della fattispecie, in ragione della formulazione letterale della norma, che non definiva il concetto di sfruttamento ma lo “indicizzava” mediante la previsione di una serie di indicatori, era risultata di applicazione particolarmente complessa, come dimostrato, invero, dal numero davvero esiguo sia di procedimenti, sia di sentenze di condanna per il reato in questione<sup>12</sup>.

La portata del nuovo art. 603-bis c.p., al netto del carattere necessariamente relativo del concetto di sfruttamento – da cui discende, secondo autorevole giudizio, una forma di “tipicità debole” della fattispecie<sup>13</sup> – risulta più comprensibile se valutata attraverso gli interventi finalizzati a rimediare alle gravi lacune e distorsioni evidenziate in maniera unanime in dottrina<sup>14</sup>, soprattutto con riferimento alla eccessiva selettività nell'individuare le condotte punibili.

Il vecchio art. 603-bis c.p. sanzionava “*chiunque svolgesse un'attività organizzata di intermediazione reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori*”.

---

<sup>12</sup> I dati nazionali forniti nell'intervento della Presidente della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati parlano di sole 34 iscrizioni presso gli uffici GIP e di 8 processi pendenti nella fase dibattimentale: cfr. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 2.

<sup>13</sup> TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis c.p. tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Questione Giustizia*, 2019, 4, 93. Ciò, tra l'altro, in ragione del fatto che gli indici dello sfruttamento divenuti oggetto di codificazione, ed incidenti sulla remunerazione, sul tempo di lavoro, sulle condizioni di salute e di sicurezza sul lavoro, sui metodi di sorveglianza e sulle situazioni alloggiative, sono i medesimi che la giurisprudenza ha identificato quali manifestazioni significative di comportamenti ai fini della loro sussunzione all'interno della diversa fattispecie di cui all'art. 600 c.p. In argomento si v. anche BERNASCONI, *La metafora del bilanciamento in diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019, *passim*, secondo cui la vaghezza del concetto di sfruttamento non è superabile attraverso un esercizio ermeneutico.

<sup>14</sup> GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *Legislazione penale*, 2017, pag. 5; poi ancora sulle molte criticità del vecchio testo del 603-bis c.p.: GIULIANI, *I reati in materia di caporalato, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015, 136 ss., DI MARTINO, “*Caporalato*” e repressione penale. *Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *dir. pen. cont.*, 2015, 106 ss.

Si erano previste, dunque, due fattispecie, una di reclutamento e un'altra di organizzazione, con una disposizione normativa che alcuna dottrina aveva definito non solo “*strabica e distortiva*” in ragione di un'impropria qualificazione selettiva dei soggetti attivi del reato, ma anche “*miope*”<sup>15</sup>, e ciò poiché la norma, anche sotto il profilo sanzionatorio, sembrava incoerente rispetto al dichiarato fine di tutelare la dignità umana nelle relazioni di lavoro<sup>16</sup>.

Le incoerenze originarie della norma, che aveva “dimenticato” il datore di lavoro tra i soggetti attivi del reato, si erano acuite in seguito all'introduzione di un'aggravante speciale del delitto di occupazione di stranieri irregolari nell'art. 22 c. 12-*bis* lett. c) D.Lgs. 286/98 (comma inserito ad opera del D.Lgs. 109/2012), che prevede una sanzione per il datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri irregolari che siano sottoposti alle condizioni di *particolare sfruttamento* di cui al terzo comma del previgente art. 603-*bis* c.p., anche a prescindere dall'intermediazione nel reclutamento.

Ciò creava un'ingiustificata disparità di trattamento in caso di sfruttamento dei lavoratori, in base allo *status* giuridico (cittadino o straniero regolare ovvero straniero irregolare) dei soggetti passivi; ciò in quanto prima della modifica del 603-*bis* c.p. ad opera della Legge 199/2016, non risultavano salvaguardati i diritti di altre tipologie di lavoratori che, pur trovandosi nelle medesime condizioni di sfruttamento, non erano divenuti “oggetto” di intermediazione illecita.

Tra le ulteriori lacune della disciplina evidenziate dalla dottrina vi era anche l'omessa previsione della responsabilità amministrativa degli enti per il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. e la incapacità dell'apparato sanzionatorio di aggredire, con misure patrimoniali efficaci, gli ingenti profitti che di solito derivano dall'esercizio di forme di sfruttamento lavorativo, soprattutto se effettuate su larga scala<sup>17</sup>.

Il legislatore del 2016 ha, dunque, preso atto delle incongruenze e delle anomalie generate dalla confusa formulazione della previgente disciplina e ha cercato di rimediare alle più evidenti criticità.

In primo luogo è stata prevista una rilevanza penale diretta rispetto a fatti di sfruttamento posti in essere dal datore di lavoro.

Più precisamente, si è immaginata una fattispecie a tutela penale anticipata, che punisce il reclutatore *extraneus* rispetto al rapporto di impiego caratterizzato da sfruttamento (“*chiunque [...] recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori*”), e una seconda fattispecie che punisce direttamente il datore di lavoro sfruttatore (“*chiunque [...] utilizza, assume o impiega manodopera anche mediante l'attività di intermediazione di cui al n.1, sottoponendo i lavoratori a condizione di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno*”).

---

<sup>15</sup> Cfr. DI MARTINO, “*Caporalato*”, cit., 107, che ravvisava lo “strabismo” nell'esclusione dai possibili soggetti attivi del reato proprio dei datori di lavoro, ovvero di coloro che principalmente si avvantaggiavano dello sfruttamento della manodopera e giudicava distortivo un simile intervento sul funzionamento del mercato del lavoro, dal momento che portava all'incriminazione di condotte riferibili solo ad alcuni attori secondari di un più vasto sistema produttivo.

<sup>16</sup> GABOARDI, *op. cit.*, 6.

<sup>17</sup> GABOARDI, *op. cit.*, 7.

Secondo la nuova formulazione, dunque, il datore di lavoro è sempre punibile autonomamente. La norma non appare più incentrata esclusivamente sulla figura del caporale, ma sanziona allo stesso modo il datore di lavoro, ovvero colui che *“utilizza, assume o impiega manodopera”* reclutata anche – ma non necessariamente – mediante l'attività di intermediazione ovvero ricorrendo al caporalato.

A differenza da quanto accadeva sotto la vigenza del vecchio articolo 603-*bis* c.p., il datore di lavoro non è quindi più punibile solo a titolo di concorso con il caporale, ma per il solo fatto di sottoporre i lavoratori a condizioni di sfruttamento.

Un ulteriore intervento del legislatore del 2016 ha riguardato l'eliminazione di requisiti sovrabbondanti rispetto alla descrizione del fatto tipico, quali, ad esempio, il riferimento al carattere organizzato dell'attività di intermediazione.

Inoltre, le modalità coercitive della condotta, consistenti nella violenza o nella minaccia (con esclusione dell'intimidazione, prima contemplata), sono state opportunamente considerate come circostanze aggravanti dei nuovi delitti di reclutamento e utilizzazione, e non più quali elementi costitutivi della fattispecie ordinaria.

La norma attualmente in vigore è, dunque, di applicazione complessivamente più ampia rispetto alla precedente, e ciò perché rende astrattamente punibili anche attività non organizzate in modo sistematico e non necessariamente caratterizzate da violenza, minaccia ed intimidazione.

La nuova fattispecie si configura come reato di evento, qualificato dal dolo specifico per la condotta di cui al n. 1, realizzabile dall'intermediario, e dal dolo generico per la condotta di cui al n. 2, ascrivibile al datore di lavoro<sup>18</sup>.

Nella previsione di cui al n. 1 del primo comma, la condotta è il reclutamento dei lavoratori allo scopo di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno; nella previsione di cui al n. 2, invece, la condotta sanzionata è il reclutamento, l'impiego o l'assunzione in condizioni di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno.

Sia la condotta dell'intermediario, sia quella del datore di lavoro, dunque, nella fattispecie ordinaria, si caratterizzano per due elementi: *l'approfittamento dello stato di bisogno*<sup>19</sup> e la sottoposizione dei lavoratori *a condizioni di sfruttamento*.

In relazione al primo di tali elementi, la disposizione in analisi prevede che, perché si possa parlare di approfittamento dello stato di bisogno del lavoratore, non sia sufficiente la sola commissione del reato ai danni di un soggetto particolarmente vulnerabile, ma è necessario che l'autore sfrutti volontariamente e scientemente la condizione di particolare debolezza della vittima<sup>20</sup>.

Il requisito, già previsto nella precedente formulazione, può essere ricostruito nei termini dello sfruttamento di *“qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale, atta a condizionare la volontà della vittima”*<sup>21</sup>. Approfittare dello stato di bisogno significa, sotto il profilo strettamente lessicale, trarre un vantaggio o un

<sup>18</sup> MANCINI, *Agromafie e Caporalato. Quarto rapporto*, Milano, 2018, 94.

<sup>19</sup> Sulla interpretazione e applicazione dello stato di bisogno cfr. Trib. Brindisi, sentenza del 6 settembre 2017, n. 251, prima decisione sul delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., come riformato dalla Legge n. 199/2016, la nuova normativa è stata applicata solo *quoad poenam* perché più favorevole.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 277424.

<sup>21</sup> In questi termini si esprime Cass. Pen. 6 maggio 2010, in relazione alla situazione dello stato di necessità evocata dall'art. 600 co. 2 c.p.



profitto ingiusto; a ben vedere, però, per evitare che esso si riduca ad una mera tautologia, dovrebbe ritenersi che il vantaggio o il profitto, oltre ad essere causalmente connessi all'esistenza delle condizioni di bisogno, risultino anche, in termini qualitativi o quantitativi<sup>22</sup>, maggiori rispetto a quel vantaggio o a quel profitto che potrebbe determinarsi in assenza di tali condizioni.

In stato di bisogno è il soggetto che viene indotto ad accettare condizioni di lavoro qualificate da sfruttamento ma, parallelamente, approfittare significa prospettare ed applicare consapevolmente condizioni di lavoro, che profittino di tale stato, nei confronti di un soggetto la cui capacità di scelta è pacificamente limitata in quanto necessariamente oscillante tra l'accettazione di quelle condizioni (di sfruttamento) e la mancanza di opportunità lavorative alternative<sup>23</sup>.

Quanto, poi, alle “*condizioni di sfruttamento*”, la dottrina si è a lungo interrogata sulla valenza da attribuire a tale elemento, il quale, a ben vedere, sembra costituire un presupposto necessario all'atto della condotta di intermediazione: al n. 1 del comma 1 dell'art. 603-*bis* c.p., difatti, si sanziona chi “*recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi, in condizioni di sfruttamento*”: con ciò sembra intendersi che le condizioni non debbano necessariamente essere determinate da chi recluta, ma debbano in ogni caso essere presenti come “*elemento di contesto*” che deve essere oggetto di specifica ed autonoma prova<sup>24</sup>.

Ad integrare il reato, dunque, non è sufficiente che il datore di lavoro o l'intermediario reclutino manodopera in maniera irregolare, ma è necessario che il soggetto reclutatore si rappresenti le condizioni di sfruttamento, che dovranno esistere, appunto, come “*elementi di contesto*”.

Anche nel caso di sfruttamento diretto da parte del datore di lavoro (“*chiunque utilizza, assume o impiega manodopera*”), è necessario che la condotta avvenga “*sot-toponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno*”, condizioni che non possono considerarsi evento del reato ma elementi caratterizzanti la condotta tipica<sup>25</sup>.

Il concetto di sfruttamento, che costituisce il perno dell'incriminazione dell'art. 603-*bis* c.p., rischiava, nell'originaria versione della disposizione, di rimanere assolutamente indeterminato e meritava, quindi, di essere delimitato in qualche misura da elementi quali gli indici di sfruttamento, la cui controversa natura non scalfisce il ruolo fondamentale assolto dagli stessi nella perimetrazione della fattispecie.

La norma, anche nella sua attuale versione, prevede che il lavoro venga prestato in condizioni di sfruttamento, i cui indici rivelatori sono espressamente indicati dal legislatore al comma 3 dell'art. 603-*bis* c.p.:

---

<sup>22</sup> Ad esempio in termini di maggior risparmio ovvero di impossibilità per i lavoratori, determinata dalle condizioni dei lavoratori, di formulare pretesa alcuna in relazione alla complessiva condizione lavorativa.

<sup>23</sup> DI MARTINO-RIGO, *Fra caporalato e sfruttamento lavorativo. Nuove vesti dell'armamentario penale*, in *Agromafie e caporalato*, cit., 108.

<sup>24</sup> DI MARTINO-RIGO, *Caporalato e repressione penale. Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, 107.

<sup>25</sup> In questi termini, sempre DI MARTINO-RIGO, *op. loc. cit.*, 109.

1. la reiterata corresponsione di retribuzione in modo palesemente difforme da quanto previsto nei contratti collettivi nazionali o territoriali o comunque in modo non proporzionale alla quantità e qualità di lavoro prestato;
2. la reiterata violazione della normativa concernente gli orari di lavoro, i periodi di riposo, il riposo settimanale, l'aspettativa obbligatoria e le ferie;
3. la violazione delle norme in materia di igiene e sicurezza sul lavoro;
4. la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative degradanti.

Come si è accennato, sulla natura da attribuire ai sopracitati indici, la dottrina è ancora in contrasto: una parte ritiene che debbano essere considerati riferimenti tassativi, con esclusione, quindi, della possibilità di ammetterne altri di origine interpretativa (sarebbe, pertanto, un vero e proprio *numerus clausus*); di diverso avviso, invece, altra parte della dottrina, che, ammettendone il carattere meramente esemplificativo<sup>26</sup>, lascia aperto lo spazio al ricorso all'analogia.

Gli assertori della natura puramente probatoria degli indici evidenziano come tale ricostruzione consenta di evitare che il delitto possa ritenersi integrato in presenza anche di una sola "spia" di caporalato, essendo necessario verificare sempre la ricorrenza di un vero e proprio sfruttamento<sup>27</sup>. L'intervento legislativo del 2016, rispetto agli indici di sfruttamento, è stato considerato apprezzabile con riferimento alla necessità che le retribuzioni sproporzionate o le violazioni della normativa a tutela della dignità e del benessere del lavoratore, in materia di orario, ferie, riposi e aspettative, avessero carattere "sistematico", giacché è stato evidenziato come ciò esponesse alla difficoltà di verificare la rispondenza di tali comportamenti illeciti ad un preciso modulo operativo o ad una strategia imprenditoriale.

Per tale motivo, parte della dottrina ha salutato favorevolmente la scelta del nuovo legislatore di "accontentarsi" di una mera "reiterazione" e cioè di una pluralità di inosservanze, non necessariamente a carattere sistematico<sup>28</sup>.

Allo stesso modo, è stata condivisa la sostituzione del richiamo ai meri contratti collettivi nazionali con quello ai "contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale".

---

<sup>26</sup> Cfr. sul punto FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) Caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2014, 890. Contra DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, *passim*.

<sup>27</sup> FERRANTI, *La legge 199/2016*, cit., 3. Come segnalato anche da DI MARTINO-RIGO, *op. ult. cit.*, pag. 113, ad esempio, "non ogni impiego di lavoratore straniero che non parli adeguatamente la lingua italiana può costituire indice di sfruttamento, quando il complesso della situazione concreta non sia in nulla idonea a segnalare "condizioni" di lavoro "degradanti" (si può pensare, in questi termini, ad esempio, all'impiego di soggetti di nazionalità straniera, giovani e poco ferrati nella lingua, per mansioni di servizio stagionale in spiaggia - ombrelloni e pulizia - ai quali venga corrisposto il pranzo e che, nei momenti di stasi, possano riposare all'ombra o liberamente trastullarsi in attesa dell'ora di chiusura dello stabilimento e delle connesse attività".

<sup>28</sup> In questo senso vedi PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida al diritto*, 2020, 50; CISTERNA, *Prova semplificata con applicazione in tutti i settori*, in *Guida al diritto*, 2016, 56.

La modifica consente di valorizzare differenze salariali, a volte significative, previste dai contratti collettivi su base territoriale e consente di attribuire valore, sul piano comparativo, ai contratti stipulati da organizzazioni sindacali dotate di un certo radicamento nei luoghi di lavoro.

Sempre in termini positivi è stata letta la eliminazione del riferimento a situazioni alloggiative “particolarmente degradanti” nella valutazione delle condizioni di lavoro o dei metodi di sorveglianza: in questo modo si evita di attribuire una improbabile quanto imprecisa definizione del “degrado” poiché è stato osservato che, esprimendo il concetto una lesione della dignità umana, non è per definizione suscettibile di graduazioni.

Tornando all'analisi della norma, va evidenziato come nel corpo del nuovo art. 603-*bis* c.p. sia stata inserita un'ipotesi di responsabilità aggravata, nel caso in cui i fatti previsti dal primo comma siano commessi mediante violenza o minaccia.

Dibattuta, in dottrina, è la natura dell'ipotesi prevista dal II comma dell'articolo 603-*bis* c.p., che, a fronte di un'impostazione minoritaria che la qualifica come autonomia fattispecie, viene generalmente considerata circostanza aggravante, e ciò sia alla luce della mancata previsione di un distinto *nomen iuris*, sia per il modo in cui è stato costruito il testo dell'articolo<sup>29</sup>.

Questo, infatti, si limita ad indicare solo le due note modali giustificatrici dell'aumento di pena, rinviando, per il resto, agli elementi costitutivi della fattispecie ordinaria di cui al comma 1.

Una novità di assoluto rilievo, che dà conto anche dello sforzo compiuto dal legislatore del 2016 di rendere più organico l'intervento normativo, è costituito dalle previsioni finalizzate al contrasto patrimoniale.

Altre novità di rilievo sono rappresentate dalla previsione, al comma 2 dell'art. 603-*bis* c.p., della confisca obbligatoria, anche per equivalente, ed all'inserimento della fattispecie in esame nell'art. 12-*sexies* del D.L. 306/92 (convertito con modifiche dalla L. 356/92), che prevede la confisca anche di denaro, beni e altre utilità di cui il condannato risulti titolare, anche per interposta persona.

Gli strumenti proposti, pertanto, mirano a contrastare la formazione di patrimoni illeciti, che costituisce il fine ultimo dei reati compresi nel Capo III sez. I titolo XII tra cui l'art. 603-*bis* c.p.

Attraverso la confisca obbligatoria si realizza la sottrazione all'autore del reato delle cose che servirono o furono destinate alla commissione del delitto e dei proventi da questo derivanti.

Con la medesima finalità, il legislatore, per garantire continuità aziendale e il mantenimento dei posti di lavoro, ha previsto che, ricorrendo i presupposti dell'art. 321 c.p.p., il giudice, in luogo del sequestro preventivo, dovrà disporre l'amministrazione giudiziaria dell'azienda nel caso in cui l'interruzione dell'attività possa avere ripercussioni negative sui livelli occupazionali o possa compromettere il valore del complesso aziendale.

---

<sup>29</sup> V. sul punto, MANCINI, *op. cit.*, 94; GENOVESE, *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia*, in *Legislazione penale*, Firenze, 2018, 24; PADOVANI, *Un nuovo intervento*, cit., 49; GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo persiste la miopia*, in *Legislazione penale*, 2017, 69.

Il giudice, attraverso l'amministratore giudiziario potrà esercitare, pertanto, anche un *ruolo sociale*, introducendo modelli organizzativi che impediscano la prosecuzione di trattamenti degradanti dei lavoratori e ogni forma di sfruttamento.

L'amministratore giudiziario dovrà affiancare l'imprenditore nella gestione aziendale, relazionando all'autorità giudiziaria ogni tre mesi.

Si segnala, infine, l'inserimento del delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p. tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, attraverso un intervento di ampliamento del testo dell'art. 25-*quinquies* del D.lgs. 231/01<sup>30</sup>.

#### 4. Il decreto delle Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Milano, alla luce delle dichiarazioni rese dai *riders* e delle ulteriori risultanze di indagine, ha ritenuto esistenti le condizioni per la sussumibilità del caso nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Come risulta, tra l'altro, dalle intercettazioni riportate nel Decreto in esame, la condizione della maggior parte dei lavoratori sarebbe stata caratterizzata da una particolare fragilità sociale e personale, e ciò in ragione della loro provenienza da zone afflitte da conflitti civili e razziali ovvero, comunque, del loro *status* di soggetti richiedenti asilo politico o, ancora, di dimoranti presso centri di accoglienza temporanea; costoro sarebbero stati reclutati proprio perché versanti in un'estrema condizione di vulnerabilità anche sul piano della tutela dei diritti minimi.

La situazione, inoltre, risultava aggravata dalla recente emergenza sanitaria, che aveva fatto progressivamente aumentare la richiesta di *riders*, unici soggetti in grado di muoversi sul territorio e di assicurare indispensabili scambi commerciali in un periodo di sempre maggiori limitazioni alla circolazione: a fronte di una richiesta sempre maggiore, invero, la momentanea grave crisi economica, piuttosto che garantire una maggiore capacità contrattuale, aveva provocato reclutamenti a valanga al di fuori di qualsivoglia controllo.

Come detto in precedenza, i compensi erano a cottimo ed indipendenti dalle modalità esecutive delle prestazioni lavorative, era prevista l'applicazione di sanzioni pecuniarie da parte degli organizzatori e non erano rispettati i livelli minimi di igiene e sicurezza sul lavoro né garantita tutela alle condizioni fisiche dei lavoratori<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> MANCINI, *op. cit.*, 97 ss.

<sup>31</sup> Sin dalla comparsa di questa categoria di lavoratori, diventati ormai simbolo della *cd. gig economy*, si è cercato di tutelarne la posizione contrattuale. La maggior parte delle volte i *riders* sono lavoratori senza particolari qualifiche, non parlano la lingua italiana, sono in evidente condizione di *bisogno economico*, e questo ha portato gran parte dei giuslavoristi a sostenere che fossero situazioni non riconducibili al lavoro autonomo. In assenza di una norma *ad hoc*, i giudici del lavoro erano chiamati ad analizzare caso per caso le concrete modalità in cui si svolgeva il rapporto di lavoro, al fine di verificare, facendo riferimento anche agli indici sintomatici della subordinazione, se nel singolo caso si fosse in presenza di un lavoro subordinato mascherato da contratti di collaborazione. Col D.lgs. 81/2015 si è assistito all'applicazione di una tutela "rafforzata" nei confronti di particolari categorie di lavoratori, compresi quelli delle piattaforme digitali, considerati "deboli", estendendo loro le tutele previste per i soli lavoratori subordinati. Di notevole importanza è stata in merito la pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione lavoro, del 24 gennaio 2020 n. 1663, che ha fatto proprio il pragmatico approccio rimediando evidenziando la possibilità di prevedere una tutela "rafforzata", senza la necessità di dover prendere una po-

Sulla scorta di questi fatti il Tribunale ha ritenuto esistente un grave quadro indiziario riferibile all'ipotesi di reato di cui all'art. 603-*bis* c.p., ed ha altresì sviluppato una successiva valutazione di sussistenza di un'attività agevolatrice della condotta delittuosa posta in essere dagli indagati, funzionalmente collegati, secondo la prospettazione accusatoria, alla galassia della multinazionale Uber e, in particolare, alla sua controllata Uber Italy S.r.l., quali referenti nazionali della gestione dei *riders* sul territorio italiano.

Oltre alle "spie" indicative di una condizione riconducibile al caporalato - regime di sopraffazione economica e trattamentale nei confronti di una categoria di lavoratori in condizioni di particolare vulnerabilità, dovuta ad una precaria situazione di integrazione sociale, alla temporanea presenza nel territorio nazionale e alla poca conoscenza della lingua italiana - si aggiungeva anche il ricorso a minacce e violenze verbali.

Anche secondo il Tribunale, invero, non era raro che gli indagati minacciassero i lavoratori di bloccargli l'accesso alle piattaforme utilizzate per l'accettazione degli ordini, controllando così la possibilità del *rider* di continuare a lavorare.

Il grave quadro indiziario ritenuto sussistente a carico dei reclutatori, individuati negli amministratori o titolari delle società che gestivano i "pony express" per conto di Uber Italia, ha disvelato anche un ulteriore profilo di partecipazione all'illecito da parte di alcune risorse umane della galassia Uber e, precisamente di coloro che, all'interno di Uber Italy, erano stati indicati da Uber Portier B.V. come referenti per la gestione dei *riders* in Italia.

Secondo il Tribunale, quindi, sarebbero emersi elementi per ritenere che l'italiana Uber Italy S.r.l. (aventi stessa sede sociale e, quest'ultima, un oggetto sociale specifico quale "mettere in relazione i ristoratori, i potenziali clienti e i fornitori di cibo a domicilio e o svolgimento delle relative attività"), fosse pienamente consapevole dell'attività di sfruttamento dei lavoratori utilizzati per le consegne, e ciò poiché nonostante la formale esistenza di accordi contrattuali di segno contrario mediante il ruolo attivo svolto da dipendenti o ex dipendenti collocati in posizioni apicali, all'interno della Uber Italy s.r.l., interveniva nella gestione dei *riders*.

Non lo stesso, invece, poteva dirsi per la *holding* di diritto olandese, rispetto alla quale non era possibile formulare un giudizio di "favoreggiamento colposo" - rilevante ai sensi dell'applicazione della misura di prevenzione in questione - alla luce della sola conclusione dei contratti di prestazione tecnologica di cui si è detto in precedenza.

Ciò, in particolare, anche alla luce della circostanza per cui, diversamente da quanto riscontrabile in relazione alle società italiane, l'attività della *holding* non ha ad oggetto la gestione del *food delivery*, ma si occupa essenzialmente della consulenza e della gestione di servizi privati di trasporto di persone (c.d. Noleggio con conducenti

suzione sulla natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro e negando la riconducibilità di questi ad un *tertium genus*: "si tratta di una scelta politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoratore subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di debolezza economica, operanti in una 'zona grigia' tra autonomia e subordinazione, ma comunque considerati meritevoli di una tutela omogenea".

te), ossia di servizi del tutto diversi da quelli posti in essere dai soggetti che partecipavano alla sola attività "contaminata".

Il Tribunale ha dunque ritenuto esistente un quadro di "evidente agevolazione rilevante ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 159/2011 quanto meno sotto un profilo di omesso controllo da parte della società o di grave deficienza organizzativa sul piano di una reale autonomia rispetto alla casa madre con sede in Olanda, realizzato dalla controllata Uber Italy s.r.l. a favore di tutti i soggetti indiziati dei delitti ex art. 603-bis c.p. e 648-bis c.p." (pure ravvisato nel caso che ci occupa) "che più direttamente gestivano e sfruttavano la pattuglia dei lavoratori a domicilio".

## 5. Conclusioni.

Valutata la presenza di indizi sufficienti del reato di cui all'art. 603-bis c.p., uno dei cc.dd. reati-catalogo idonei ad attivare l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale di cui all'art. 34 del Codice Antimafia, il Tribunale di Milano, con il decreto in esame, ha disposto l'applicazione della Amministrazione giudiziaria per un anno nei confronti della società Uber Italy S.r.l.

I giudici della prevenzione hanno ritenuto soddisfatto anche il principio della proporzionalità tra situazione concretamente accertata e l'applicazione della misura patrimoniale richiesta - come di recente sollecitato anche dalla Corte Costituzionale<sup>32</sup> - in quanto la condotta agevolatrice, posta in essere da alcuni dirigenti della predetta società, risultava particolarmente rilevante sia per la diffusione dell'intervento sia per la predisposizione di schemi contrattuali formali aventi la funzione di "paravento" nei confronti della società controllante olandese.

Sul punto, veniva richiamata anche una nota investigativa della Guardia di Finanza con cui si segnalava che, nonostante la risoluzione dei contratti con le società di reclutamento i cui vertici risultano indagati, alcuni dei soggetti che erano soliti interfacciarsi con questi ultimi - e che erano indicati da Uber Portier B.V. come referenti per la gestione dei *riders* in Italia - risultassero ancora dipendenti di Uber Italy S.r.l. con qualifiche di operatori amministrativi.

È stato pertanto ritenuto necessario un intervento di gestione e controllo incidente dell'assetto di quest'ultima società, e finalizzato alla conservazione della sua attività tipica seppur mediante un ripristino di condizioni di liceità.

Nel caso di specie, i giudici hanno escluso la possibilità di fare ricorso alla misura del controllo giudiziario prevista all'art. 34-bis del Codice Antimafia, e ciò in ragione del carattere non occasionale della attività di agevolazione e del livello di compromissione della struttura societaria.

Il decreto, inoltre, fornisce indicazioni rigorose sul ruolo che dovrà essere ricoperto dall'amministratore giudiziario. Si richiede, infatti, che questi tenga conto, alla luce della finalità della misura, del grado di infiltrazione delittuosa effettivamente accertato - che nel caso di specie, tutto sommato, sarebbe risultato piuttosto contenuto poiché riguardava soltanto cinque su ventisei dipendenti deputati alla gestione ed al controllo della flotta di *riders*<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Corte Cost., n. 24 del 27 febbraio 2019.

<sup>33</sup> QUATTROCCHI, *op. cit.*, 13.

In definitiva il Tribunale ha disposto l'amministrazione giudiziaria del ramo aziendale destinato alle consegne a domicilio di Uber Italy S.r.l., per la durata di un anno, senza immissione in possesso dei beni aziendali; scopo del provvedimento è, pertanto, quello di consentire all'amministratore giudiziario di analizzare i rapporti che la società intrattiene con altre ramificazioni del gruppo societario "*in relazione al perimetro del reclutamento e della gestione dei cd. riders, dovendosi verificare l'esistenza dei rapporti contrattuali in corso e la piena conformità a tutte le regole di mercato degli stessi*".

La finalità, all'evidenza, è quella di prevenire i reati della specie di quello verificatosi nel settore del rapporto con i *riders* e, quindi, disfunzioni di illegalità aziendale come quelle accertate<sup>34</sup>.

In aggiunta è stato previsto che l'amministratore giudiziario:

- i) esamini le iniziative alle quali la società parteciperà in seguito alla emanazione del provvedimento che ha disposto la misura di prevenzione, con particolare attenzione all'eventuale mutamento della compagine societaria;
- ii) controlli tutti i contratti conclusi con terzi persone giuridiche o lavoratori autonomi nell'ambito del servizio di *food delivery*;
- iii) garantisca costante presenza presso la sede societaria, prendendo parte a tutte le iniziative riguardanti l'oggetto della misura di prevenzione.

La vera sfida della misura in parola è quella di assicurare un intervento nella gestione societaria che non comporti uno stravolgimento totale dell'attività dell'impresa, ma sia funzionale rispetto agli obiettivi *depurativi* individuati sulla scorta delle distorsioni evidenziate nel provvedimento.

Proprio l'individuazione delle specifiche aree di "contaminazione", all'interno della più ampia e complessa dinamica aziendale, consente un intervento mirato che, senza inibire od ostacolare l'intera attività gestionale dell'impresa, sia nondimeno idoneo a tentare di riportare all'interno dei binari della legalità quello specifico settore societario.

In questa prospettiva appaiono evidenti le ricadute positive, in termini di contenimento di rischio e contestuale salvaguardia dei livelli occupazionali, di un'amministrazione giudiziaria che limiti il proprio intervento al solo settore che merita attenzione e riordino, lasciando inalterati gli equilibri e la gestione nella parte sana dell'azienda, in cui l'eventuale sostituzione di professionalità potrebbe rivelarsi esiziale e compromettere la prosecuzione dell'intera attività economica.

Alla luce di queste decisioni può valutarsi positivamente il ricorso allo strumento in esame, che, dovendo contrastare un sistema di sfruttamento riferibile, più che alle persone fisiche, a società e ad interi sistemi di produzione, realizzi un bilanciamento tra la necessaria continuazione dell'attività di mercato e l'esigenza di contrastare la contaminazione antiggiuridica di imprese sane, sottraendole alle infiltrazioni criminali

---

<sup>34</sup> Un difetto all'interno della organizzazione può individuare la esistenza di una patologia nei processi di gestione interni alla persona giuridica, evocante il concetto di colpa. Il modello organizzativo è lo strumento con cui l'impresa definisce gli standard comportamentali della società.

e consentendone il reinserimento nel mercato dopo il “*disinquinamento di queste attraverso un intervento correttivo*”<sup>35</sup>.

Il decreto in esame permette anche di prevenire le gravissime conseguenze, in termini economici, di delitti quali quello dello sfruttamento illecito del lavoro, le cui ricadute in termini di danno per la società civile, invero, sono spesso misconosciute o poco considerate.

Va infatti considerato quanto gravemente incida, sotto il profilo della concorrenza leale e del sano e corretto sviluppo di un'azienda, il reclutamento illegale di risorse umane, e ciò poiché esso permette di mantenere altissime *performance* commerciali senza assicurare i livelli minimi di dignità costituzionalmente garantiti.

Anche in quest'ottica, lo strumento offerto dalla misura di prevenzione in esame costituisce un'interessante opportunità per cercare non solo di ripristinare il corretto svolgimento di una determinata attività aziendale, ma anche di recuperare alcuni irrinunciabili valori costituzionali altrimenti destinati ad essere inevitabilmente compromessi.

---

<sup>35</sup> ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giur. it.*, 2018, 1518 ss.



# LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DELLO STATUTO PENALISTICO ALL'ILLECITO AMMINISTRATIVO PUNITIVO. UNA NUOVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 30, C. 4 L. 87/1953

**Cosimo Pedullà**

GIP Milano in funz. Giud. esec., ord. 4 febbraio 2020

C1. Il regime giuridico dell'illecito amministrativo sta registrando, negli ultimi anni, un processo di progressiva ed inesorabile assimilazione allo statuto "di garanzia" che circonda l'illecito penale.

In questa direzione si iscrive, da ultimo, la recente ordinanza del Tribunale di Milano con la quale – nell'ambito di un procedimento di esecuzione avente ad oggetto la cancellazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida (art. 222, c. 2, d.lgs. 285/1992, contenente il Nuovo Codice della Strada) in conseguenza della decisione costituzionale n. 88/2019<sup>1</sup> – ha sollevato questione di

---

<sup>1</sup> Con la sentenza del 19 febbraio 2019, n. 88, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del quarto periodo del c. 2 dell'art. 222 cod. strada, laddove dispone che alla condanna o all'applicazione della pena patteggiata per i reati di omicidio stradale e lesioni stradali gravi e gravissime consegue sempre ed invariabilmente l'applicazione della sanzione accessoria della revoca della patente di guida.

La Corte, muovendosi nel sentiero già tracciato dalle sentenze costituzionali n. 50/1980 (relativa ad una contravvenzione connessa alla circolazione degli autoveicoli industriali) e n. 222/2018 (in materia di durata delle pene accessorie per i reati di bancarotta fraudolenta), nonché, sempre in materia di circolazione stradale, dalla decisione n. 22/2018 (relativa alla revoca automatica della patente di guida in ipotesi di condanna per i reati di cui agli artt. 73 e 74 D.P.R. 309/1990; sulla stessa linea, più di recente, Corte Cost. 24/2020, declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2, cod. strada – anche – nella parte in cui dispone che il prefetto "provvede", invece che "può provvedere", alla revoca della patente di guida nei confronti di coloro che sono sottoposti a misura di sicurezza personale), rileva che l'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 222 cod. strada può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dal codice, quali quelle previste, come ipotesi aggravate e sanzionate

legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4, L. 11 marzo 1953, n. 87 (recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»), nella parte in cui «non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU».

In definitiva, con l'ordinanza in parola il Giudice rimettente sostiene l'irragionevolezza della (ormai anacronistica) soluzione normativa di delimitare la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali alle sole ipotesi di incostituzionalità di una disposizione *formalmente* penale, in applicazione della quale sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, con esclusione dall'alveo applicativo della norma di tutti i casi in cui la declaratoria di illegittimità costituzionale abbia ad oggetto una disposizione sanzionatoria formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale.

2. La materia delle sanzioni amministrative è percorsa da un moto di profonda trasformazione, sollecitato da una rinnovata lettura in chiave sostanzialistica della nozione di illecito punitivo.

Per meglio inquadrare le considerazioni che seguono, sembra opportuno richiamare brevemente la collocazione sistematica degli illeciti amministrativi sanzionatori, i quali vanno collocati nell'ambito della categoria dei provvedimenti amministrativi restrittivi o sfavorevoli, contrapposti al diverso *genus* dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato.

In particolare, i provvedimenti sanzionatori si distinguono, in considerazione del profilo funzionale, in sanzioni in senso lato, aventi finalità essenzialmente ripristinatoria, e sanzioni in senso stretto, che possono essere di tipo pecuniario o interdittivo<sup>2</sup>.

La disciplina generale delle sanzioni pecuniarie, plasmata sulla falsariga del modello dell'illecito penale, è contenuta nella L. 24 novembre 1981 n. 689 (intitolata "Modifiche al sistema penale"). Allo stesso modo, la disciplina delle altre sanzioni amministrative si rinviene nelle singole discipline di settore, che fanno applicazione, il più delle volte, dei principi di cui alla L. 689.

3. Senonché, come noto, l'illecito amministrativo sta subendo una autentica di rivoluzione copernicana, che ha come effetto quello di rideterminare la radicale riscrittura dei paradigmi originariamente pensati dal legislatore della depenalizzazione degli anni '80, dando luogo ad una parziale eterogenesi dei fini.

La ragione che giustifica la graduale assimilazione dell'illecito amministrativo a quello penale è rappresentata dalla ormai acquisita consapevolezza - indotta per buona parte dagli orientamenti delle Corti sovranazionali, in specie della Corte EDU - secondo cui la qualificazione giuridica di una data disposizione deve poter prescindere dal *nomen juris* e va piuttosto ricostruita alla luce di parametri di ordine antiformalista, che ne rivelino l'autentica essenza.

con le pene rispettivamente più severe, dal secondo e dal terzo comma dell'art. 589-bis e dell'art. 590-bis c.p.

<sup>2</sup> La distinzione si rinviene, *ex multis*, in Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2017, n. 5420. Per una compiuta ricognizione della materia, si rimanda a LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2020, 188; 661.

Proprio al fine di “verificare se un procedimento ha ad oggetto accuse in materia penale”, la Corte EDU, nella nota causa *Engel c. Paesi Bassi* (1976), ha chiarito che la qualificazione formale dell'illecito nel Paese di riferimento è solo uno dei criteri in base ai quali condurre detta analisi, dovendosi affiancare al parametro citato ulteriori criteri, dalla connotazione più squisitamente sostanziale, quali la natura dell'illecito e la *ratio* della sua previsione, nonché la tipologia ed il grado di afflittività della sanzione inflitta.

La ricostruzione in chiave sostanzialistica della *matière pénale* è invalsa anche in seno alla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda* (punto 37).

La qualificazione giuridica di un illecito in termini penali rappresenta, evidentemente, operazione preliminare di fondamentale importanza, in quanto condiziona l'applicazione delle garanzie che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, siglata a Nizza nel 2000 e parte integrante dei Trattati Unionali (art. 6 § 1 TUE), riservano alla materia penale.

In particolare, l'illecito – sostanzialmente – penale soggiace al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU (nonché art. 49 CDFUE), la sua misura deve essere rispettosa del principio di proporzione (art. 49 § 3 CDFUE), il suo accertamento deve avvenire nel rispetto dei principi dell'equo processo (art. 6 CEDU; artt. 47 e 48 CDFUE), non può essere contestato più volte<sup>3</sup> nei confronti dello stesso soggetto già giudicato per il medesimo fatto, da intendersi in una accezione strettamente naturalistica<sup>4</sup> (art. 4 Prot. 7 CEDU; art. 50 CDFUE).

In questa prospettiva si spiega l'affermazione di una concezione autonomista nella ricostruzione dell'illecito e delle sanzioni penali, invalsa presso le Corti europee ed in particolare in seno alla Corte EDU, la quale, in applicazione dei “*criteri Engel*”, ha ritenuto misure sostanzialmente penali, *ex plurimis*, la confisca urbanistica di cui all'art. 44, c. 2, D.P.R. 380/2001 (Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009 e 10 maggio 2012, *Sud Fondi S.r.l. ed altri contro Italia*; Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara contro Italia*; Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*), così come l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-ter del D.lgs. 58/1998 (Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*).

4. L'approccio antiformalista inaugurato dalle Corti europee ha trovato piena adesione anche sul piano interno e rappresenta la chiave di lettura attraverso la quale è possibile leggere, in chiave sistematica, i progressivi passaggi giurisprudenziali che

---

<sup>3</sup> A fronte di un iniziale atteggiamento di chiusura nei confronti di qualsiasi ipotesi di doppio binario sanzionatorio che contemplasse, per il medesimo fatto, l'applicazione di una sanzione penale e di una sanzione solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente punitiva (cfr. Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*), l'attuale corso del *bis in idem* è segnato dalla fondamentale pronuncia della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

<sup>4</sup> La definizione del fatto in termini eminentemente naturalistici, e quindi del tutto svincolata da connotazioni giuridiche, si rinviene nella decisione della Corte EDU *Zolotukine c. Russia*, 2009, nella quale la Grande Camera ha precisato che per la ricostruzione dell'identità di fatto occorre far riferimento all'*idem* storico, non all'*idem* giuridico.

sembrano inequivocabilmente andare nella direzione dell'applicazione all'illecito amministrativo punitivo di parte dello statuto di garanzia proprio dell'illecito penale.

In proposito, è opportuno sottolineare che non può essere predicata una definitiva assimilazione tra le due categorie, atteso che l'illecito in analisi, per quanto sostanzialmente penale, conserva sempre la sua connotazione formalmente amministrativa, il che ne impedisce una piena parificazione con l'illecito penale.

Adottando un approccio che vada oltre la qualificazione formale e indagli le caratteristiche essenziali dell'illecito, è possibile rintracciare, nell'alveo della categoria degli illeciti sanzionatori, talune ipotesi che presentano una connotazione afflittiva, autenticamente punitiva, esprimendo così l'elemento che rappresenta il *proprium* della sanzione penale, ovvero la reazione punitiva dell'ordinamento di fronte ad un fatto offensivo di un bene giuridico.

In questo quadro si spiega la crescente tendenza ad applicare agli illeciti amministrativi punitivi talune garanzie proprie dell'illecito penale.

Emblematica in tal senso è la Relazione sull'attività della Corte Costituzionale nel 2019, a firma della Presidente Cartabia, in cui si attesta l'avvenuta estensione, nei confronti di «alcuni illeciti amministrativi di tale gravità da rivestire natura “punitiva”», di «talune garanzie che assistono la materia penale, lungo direttici parallele a quelle seguite dalle giurisprudenze di entrambe le Corti europee»<sup>5</sup>.

In molteplici occasioni, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha applicato alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente “punitivo” talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Si fa riferimento all'estensione di alcuni corollari del principio di legalità (art. 25, c. 2 Cost.), quali il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius*, il principio della retroattività della *lex mitior*, il principio di sufficiente precisione del precetto, nonché all'applicazione del principio di necessaria proporzionalità della misura sanzionatoria e alla – tuttora discussa – operatività del principio del *nemo tenetur se detegere* anche di fronte al rischio di incolpazione per fatti comportanti sanzioni amministrative particolarmente afflittive.

Una tale estensione non è avvenuta, invece, in relazione ai principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost.<sup>6</sup>.

Tanto il principio di colpevolezza – nella duplice accezione di divieto di responsabilità per fatto altrui e di divieto di responsabilità in assenza di qualsivoglia referente psichico tra fatto ed autore materiale dello stesso<sup>7</sup> –, quanto il principio della funzione

---

<sup>5</sup> Cfr. par. 5.3 della Relazione (p. 24), dedicato al Diritto sanzionatorio amministrativo. [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione\\_cartabia/1\\_relazione.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf).

<sup>6</sup> Si fa riferimento a Corte Cost., sentenza n. 281 del 2013 e ordinanza n. 169 del 2013, le quali hanno rigettato i dubbi di legittimità costituzionale avanzati in relazione all'art. 120, c. 1 e 2, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della strada), nella parte in cui fa derivare automaticamente dalla condanna per reati in materia di stupefacenti il divieto di conseguire la patente di guida e la conseguenziale revoca di quella eventualmente posseduta.

Peraltro, sul punto è intervenuta la citata Corte Cost. 9 febbraio 2018, n. 22, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2, cod. strada, nella parte in cui – con riguardo all'ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del T.U. Stupefacenti, che intervenga in data successiva a quella di rilascio della patente di guida – dispone che il prefetto “provvede” – invece che “può provvedere” – alla revoca della patente.

<sup>7</sup> Per la ricostruzione dello statuto della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., si v. le storiche decisioni n. 364 del 1988 (*ignorantia legis non excusat*, salvo non sia inevitabile) e 1085 del

rieducativa della pena, sono ritenuti intimamente connessi alla logica della pena intesa come sanzione limitativa della libertà personale, attorno alla quale è costruito il sistema sanzionatorio penale.

5. Nondimeno, come anticipato, all'illecito sostanzialmente penale trovano applicazione diversi istituti di garanzia propri dell'illecito penale.

Innanzitutto, all'illecito amministrativo punitivo si applica il divieto di retroattività dell'illecito e della relativa sanzione, la cui affermazione si rinviene, con riferimento alla materia penale, a livello costituzionale nell'art. 25, c. 2 Cost. (oltre che nell'art. 117, c. 1, che permette all'art. 7 CEDU di fungere da norma interposta nel giudizio di costituzionalità), nonché a livello di legislazione ordinaria nell'art. 2, c. 1, c.p., mentre, con riferimento agli illeciti amministrativi in senso stretto, è sancito soltanto a livello di legislazione ordinaria nell'art. 1 L. 689/1981.

A ben vedere, il duplice divieto posto dall'art. 25, c. 2 Cost. (incriminazione retroattiva di un fatto che al tempo in cui fu commesso non costituiva illecito; efficacia retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato) trova applicazione, come affermato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 223 del 2018, anche al diritto amministrativo sanzionatorio, rispetto al quale «si impone infatti la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto»<sup>8</sup>.

Una ipotesi del tutto peculiare è rappresentata da quella in cui il fatto, originariamente previsto come reato, venga successivamente trasformato in illecito amministrativo.

Tecnicamente, da un punto di vista formale, le sanzioni amministrative, risultanti dalla depenalizzazione di quelle penali applicabili in precedenza, si connotano come sanzioni nuove, rispetto alle quali dovrebbe trovare “secca” attuazione il divieto di retroazione, come previsto dall'art. 1 L. 689/1981 nonché, *amplius*, dall'art. 11 delle Preleggi (Disposizioni sulla legge in generale).

Nondimeno, le leggi di depenalizzazione tendono a disciplinare espressamente il regime intertemporale a mezzo di apposite norme transitorie, le quali prevedono l'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni con riferimento ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore.

---

1988 (in materia di furto d'uso, con riferimento alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta), nonché l'arresto n. 322 del 2007 (in punto di *ignorantia aetatis non excusat*, a meno che non sia inevitabile).

<sup>8</sup> In questo senso, v. Corte Cost. 23 ottobre 2018, n. 223, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, c. 6, L. comunitaria del 2004 (L. 18 aprile 2005, n. 62), nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

In termini generali, con riferimento alle sanzioni amministrative risultanti da leggi di depenalizzazione, occorre prendere le mosse dalla già tracciata distinzione preliminare, che si rivela idonea a condizionare il regime giuridico applicabile.

*Nulla quaestio* per le sanzioni formalmente e sostanzialmente amministrative, le quali sono sì assoggettate al divieto di retroazione, ma detto divieto è sancito, come visto, soltanto a livello di legislazione ordinaria e come tale è liberamente derogabile dal legislatore. È sufficiente, cioè, che una disposizione intertemporale all'interno della legge di depenalizzazione disciplini espressamente l'applicazione retroattiva della nuova sanzione a fatti commessi nella vigenza della legge che li assoggettava a sanzioni penali.

Il discorso si fa più complesso in presenza di sanzioni solo formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali nel senso di cui sopra. La depenalizzazione, infatti, potrebbe comportare, pure a fronte della eliminazione di una sanzione penale, l'introduzione di una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva e, quindi, sostanzialmente penale.

In tali casi, si impone l'applicazione di un diverso corollario del principio di legalità, quale il principio di retroattività della *lex mitior*, nel senso che, pur a seguito di depenalizzazione, se il fatto commesso anteriormente alla legge di depenalizzazione, per quanto integrasse reato, risulti meno grave di quello risultante all'esito della riscrittura legislativa che lo depenalizzi, occorrerà applicare la disciplina previgente.

Almeno in linea teorica, l'applicazione retroattiva della nuova sanzione ai fatti commessi in precedenza potrebbe risultare ammissibile, e ciò «sul duplice presupposto che, da un lato, tali fatti erano già qualificati in termini di illiceità al momento della loro commissione; e che, dall'altro, la sanzione penale all'epoca prevista era più grave di quella, di natura amministrativa, introdotta con la legge di depenalizzazione» (Corte Cost. 223/2018, cit.).

In proposito, la Consulta ha affermato che, in linea generale, una simile tecnica legislativa si sottrae a censure di illegittimità costituzionale, atteso che l'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative, ancorché aventi natura sostanzialmente punitiva e quindi attratte nell'orbita dell'art. 25., c. 2 Cost, comportano l'applicazione non già di un regime sanzionatorio più severo di quello vigente al momento della commissione del fatto, bensì, al contrario, di un trattamento punitivo normalmente più favorevole.

Peraltro, la stessa Consulta ha avuto modo di precisare come «il generale maggior favore di un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa rispetto all'apparato sanzionatorio previsto per i reati non può essere dato per pacifico in ogni singolo caso»<sup>9</sup>, dovendosi, pertanto, valutare di volta in volta la misura più o meno afflittiva del nuovo trattamento sanzionatorio risultante in esito alla depenalizzazione.

---

<sup>9</sup> La citata decisione n. 223/2018 richiama la sentenza n. 68 del 2017, laddove si chiarisce che, «ai sensi dell'art. 7 della CEDU, il nuovo trattamento sanzionatorio introdotto in sede di depenalizzazione continua a costituire una "pena", con la conseguenza che un giudizio di maggior favore non può certamente basarsi solo sulla qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa e sull'astratta preferibilità di una risposta punitiva di tale natura rispetto a quella penale. Esso deve, al contrario, fondarsi sull'individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico».

Del resto, come sostenuto da autorevole dottrina, non sempre depenalizzare equivale ad applicare un trattamento più favorevole<sup>10</sup>.

In definitiva, in caso di successione di leggi, che modifichi una sanzione penale prevedendo un illecito amministrativo sostanzialmente penale in quanto parimenti afflittivo, trova spazio un secondo corollario del principio di legalità, che prescrive la necessaria applicazione della *lex mitior*. Pertanto, ai fini del rispetto delle garanzie convenzionali e costituzionali, il passaggio dal reato all'illecito amministrativo, quando quest'ultimo conservi natura penale, permette l'applicazione retroattiva del nuovo regime punitivo soltanto se è più mite di quello precedente. In tal caso, infatti, e solo in tal caso, nell'applicazione di una pena sopravvenuta, ma in concreto più favorevole, non si annida alcuna violazione del divieto di retroattività, ma all'opposto una scelta in favore del reo.

Peraltro, giova precisare che il principio della retroattività della *lex mitior* non opera in maniera indiscriminata per tutte le sanzioni amministrative.

Nella sentenza n. 193 del 2016, infatti, la Consulta aveva escluso la generalizzata applicazione alle sanzioni amministrative della garanzia in esame (e in generale di tutti i corollari della legalità coperti dall'art. 7 CEDU), precisando invece come tale estensione fosse imposta solo in relazione a "singole e specifiche discipline sanzionatorie", qualora qualificabili in concreto come convenzionalmente penali alla luce dei noti *Engel criteria*.

Pertanto, in difetto di alcun «vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative», la sentenza n. 193 del 2016 ha giudicato non fondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della L. 689/1981, nella parte in cui non prevede una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi.

Diversamente opinando, una introduzione per via della giurisprudenza costituzionale di una siffatta regola generale avrebbe finito «per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata "amministrativa" dal diritto interno) come "convenzionalmente penale", alla luce dei cosiddetti criteri Engel» (v. Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63<sup>11</sup>).

<sup>10</sup> GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte Costituzionale sull'ir-retroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Diritto penale Contemporaneo*.

<sup>11</sup> In definitiva, l'art. 1 L. 689/81 - che prescrive il solo divieto di applicazione retroattiva del nuovo illecito a fatti commessi prima della sua introduzione - non è di per sé incostituzionale, occorrendo piuttosto, di volta in volta, valutare se la singola disposizione di depenalizzazione abbia introdotto, a prescindere dal *nomen iuris*, un illecito più grave di quello preesistente, si da ritenere applicabile, per quello specifico illecito, il principio di retroattività della *lex mitior*, con conseguente imposizione di un'interpretazione costituzionalmente orientata della L. di depenalizzazione laddove non contenga una norma transitoria che prevenga l'applicazione del nuovo illecito più sfavorevole o non consenta la *perpetuatio applicationis* del precedente illecito penale, per quanto abrogato, ovvero, in alternativa, con potenziale illegittimità costituzionale della disposizione transitoria che non consenta l'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole. Su questa linea, Corte Cost. n. 63/2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, c. 2, del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 (Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva

È evidente, allora, l'importanza di una disciplina intertemporale che intervenga a regolamentare i profili successori tra le disposizioni *ante* e *post* depenalizzazione.

Sul punto, è stato chiarito che la disciplina transitoria prevista dagli artt. 40 e 41 L. 689/81 – per cui, se il procedimento penale non fosse stato ancora definito, trovano applicazione le nuove sanzioni amministrative – presenta una operatività limitata agli illeciti da essa depenalizzati e non riguarda gli altri casi di depenalizzazione, stante la portata eccezionale di dette disposizioni rispetto al generale principio che afferma il divieto di irretroattività dell'illecito amministrativo e della relativa sanzione<sup>12</sup>.

Una disciplina transitoria, modellata proprio sulla falsariga degli artt. 40 e 41 L. 689/81, è espressamente prevista dal D.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, recante “Disposizioni in materia di depenalizzazione”, in cui il problema della successione delle leggi è risolto *per tabulas* dall'art. 8, il quale dispone l'applicabilità delle sanzioni amministrative alle violazioni anteriormente commesse, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza irrevocabile.

Analogamente, una disciplina intertemporale si rinviene anche nel d.l. n. 19/2020, contenente “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19”, laddove, nell'apprestare un presidio sanzionatorio a corredo delle prescrizioni imposte a fronteggiare e contenere la diffusione dell'epidemia, ha previsto, all'art. 4, c. 8, che «le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà».

In questo modo, il problema della possibile introduzione di un illecito sanzionatorio più afflittivo dell'illecito penale oggetto di depenalizzazione è stato scongiurato a monte dal legislatore dell'emergenza, il quale ha introdotto una disciplina intertemporale rispettosa del principio della *lex mitior*.

In senso contrario, lo stesso legislatore dell'emergenza non ha mostrato la medesima attenzione nel disciplinare l'illecito amministrativo di cui all'art. 180 d.l. n. 34/2020 (c.d. *decreto rilancio*). Come denunciato proprio su questa rivista dalla più attenta dottrina, la modifica della disciplina relativa all'imposta di soggiorno per gli albergatori, laddove il d.l. venisse convertito in legge, comporterebbe una autentica depenalizzazione.

Se fino ad ora «il mancato versamento della tassa di soggiorno da parte degli albergatori veniva punito sia amministrativamente (attraverso l'uso di violazioni poste nei regolamenti comunali) sia penalmente, giacché non si riteneva sussistere una relazione di specialità fra i due illeciti», al contrario, «per come è stata configurato nel decreto rilancio, l'illecito amministrativo costituisce una figura speciale rispetto al peccato, ne ritaglia infatti una sottofattispecie». In assenza della norma speciale (l'illecito amministrativo), tutti i relativi casi verrebbero disciplinati dalla norma generale (il

2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento), nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.).

<sup>12</sup> In questo senso, Sez. un., 29 marzo 2012, n. 25457, Campagne Rudie.



peculato), perché già li ricomprende (espressamente o tacitamente), con conseguente applicazione del solo illecito amministrativo, in quanto speciale (art. 9 L. 689/81)<sup>13</sup>.

6. Ulteriori importanti tappe del processo di progressiva assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale sono rappresentate dalla ritenuta estensione all'illecito amministrativo sanzionatorio del principio della sufficiente precisione del precetto sanzionato (Corte Cost. n. 121 del 2018), del principio di necessaria proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito (Corte Cost. n. 88 del 2019 e n. 112 del 2019), nonché della (possibile) applicazione del canone del *nemo tenetur se detegere* (Corte Cost., ord. n. 117/2019).

In particolare, la sentenza n. 121/2018 ribadisce che il principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità e accessibilità della condotta illecita e della sanzione avente carattere punitivo-afflittivo, va garantito qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, trattandosi, come visto, di un patrimonio giuridico derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo.

Diversamente, le sentenze n. 88 e 112 del 2019 ritengono applicabile alla sanzione amministrativa il principio di necessaria e proporzionata correlazione tra condotta illecita e conseguente risposta punitiva, principio affermato con riferimento, rispettivamente, alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, imposta dall'art. 222, c. 2, quarto periodo, d.lgs. 285/1992 (cod. strada) in relazione a tutte le ipotesi di condanna per i reati di omicidio stradale e lesioni personali gravi o gravissime, quindi anche laddove non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. (v. nota 1), nonché alla misura ablatoria di cui all'art. 187-*sexies* del T.U.F., che prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, non del solo profitto, ma anche del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo.

Di recente, inoltre, la Consulta ha sollevato, con l'ordinanza n. 117/2019, un rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, alla quale è stato chiesto se sia compatibile con il diritto dell'Unione la previsione di una sanzione nei confronti di chi si rifiuti di rispondere a domande dell'Autorità competente, dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative particolarmente afflittive.

In altri termini, un possibile scenario di ulteriore sviluppo del processo di assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale potrebbe essere rappresentato dall'estensione al primo del principio del *nemo tenetur se detegere* (noto anche con la formula *nemo tenetur contra se aedere* o *nemo tenetur ipsum accusare*).

<sup>13</sup> Per una profonda analisi della questione in parola, si rimanda a GAMBARELLA, *Il "decreto rilancio" e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, su questa rivista. Nello scritto si mettono in luce le criticità connesse alla rilevata depenalizzazione dell'illecito, dal momento che «in assenza di specifiche norme transitorie che impongano la rimessione degli atti all'autorità competente per infliggere la sanzione amministrativa, i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto-legge (e non giudicati in via definitiva) non riceveranno nessuna sanzione: né quella penale, né quella amministrativa.

La questione, che si è posta in relazione ai procedimenti amministrativi condotti dalla Consob nell'ambito della sua attività di vigilanza e controllo sul mercato finanziario, potrebbe prestarsi ad assumere una vocazione più ampia e trasversale. Ad esempio, parte della dottrina si è interrogata in ordine alla possibilità di invocare il diritto alla non auto-incolpazione anche in relazione alle dichiarazioni rese da chiunque fosse sottoposto ad un controllo da parte delle forze dell'ordine nel corso della c.d. "fase 1" dell'emergenza Covid, in cui gli spostamenti erano ammessi nelle sole ipotesi eccezionalmente previste dalla normativa emergenziale. Le false dichiarazioni rese ad un pubblico ufficiale determinano, infatti, il concorso tra l'illecito amministrativo - avente una non trascurabile connotazione punitiva - di cui all'art. 4, c. 1, d.l. 19/2020 ed il delitto di falso (in particolare, artt. 483 o 495 c.p.)<sup>14</sup>.

Sul punto, peraltro, è il caso di precisare che la giurisprudenza, pronunciata in passato in relazione ad ipotesi consimili, sembra aver circoscritto l'operatività del principio in parola al solo piano processuale, escludendo che lo stesso possa avere una connotazione di scriminante idonea a rilevare, prima ancora, sul piano sostanziale<sup>15</sup>.

7. La breve ricognizione delle tappe che stanno segnando il processo di progressiva estensione all'illecito amministrativo punitivo delle principali garanzie qualificanti l'illecito penale consente di comprendere più a fondo le ragioni per cui il Tribunale di Milano, con l'ordinanza cui si è fatto riferimento in avvio, ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4, L. 87/1953.

Il giudice *a quo* è perfettamente consapevole che la Consulta si è già pronunciata sulla medesima questione di diritto con la sentenza n. 43/2017, ritenendo non fondate le censure ipotizzate all'art. 30 L. 87/1953 con riferimento a tutti i parametri costituzionali allora evocati dal giudice rimettente (i.e., gli artt. 3 Cost., 25 c. 2 Cost. e 117 c., 1 Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU).

In quella sede, la Consulta ha affermato come non possa ammettersi l'erosione del giudicato in presenza di declaratoria di incostituzionalità di una disposizione contenente una sanzione formalmente amministrativa, per quanto essa presenti una connotazione sostanzialmente penale alla luce delle indicazioni convenzionali.

Il caso di specie riguardava la sanzione connessa alla inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi inerenti all'orario di lavoro, prevista dall'art. 18-*bis* c. 4 d.lgs. 66/2003, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 153 del 2014.

Ebbene, in quella sede il Giudice delle leggi aveva affermato che la concezione autonomistica dei reati e delle sanzioni penali, invalsa in ambito CEDU, vale solo e

---

<sup>14</sup> Si v. LOMBARDI, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'auto-dichiarazione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2020.

<sup>15</sup> Tra le altre, si richiama Cass. pen., Sez. V, 05/07/2012, n. 38085 (in Cass. Pen., 2013, p. 2195, con nota di D'IPPOLITO, nonché Cass. Pen. 2014, 557, con nota di SERRANI), secondo cui «in tema di falso in atto pubblico, il pubblico ufficiale estensore dell'atto non può invocare la scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), *sub specie* del principio *nemo tenetur se detegere*, per avere attestato il falso al fine di non fare emergere la propria penale responsabilità in ordine all'episodio in esso rappresentato, non potendo la finalità probatoria dell'atto pubblico essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi alle conseguenze di un delitto».

soltanto per estendere alle disposizioni nazionali aventi carattere sostanzialmente penale le garanzie CEDU, ma non può essere utilizzata per incidere anche sulla qualificazione formale che dette disposizioni rivestono nell'ordinamento interno.

Il principio della intangibilità del giudicato, di cui l'art. 30, c. 4 rappresenta un'eccezione legale, va circoscritto alle sole ipotesi di incostituzionalità della "norma penale", come testimoniato dal tenore letterale della disposizione *de qua*. Del resto, «nella giurisprudenza della Corte europea non si rinviene, allo stato, alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della CEDU nel significato elaborato dal giudice rimettente, tale da esigere che gli Stati aderenti sacrifichino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime» (così, Corte Cost. 43/2017, cit.).

In definitiva, le recenti acquisizioni giurisprudenziali, che hanno riscritto la portata del "secolare" principio di intangibilità del giudicato – nel senso che in tanto può parlarsi di reale intangibilità, in quanto la pena irrogata sia legittima – trovano un limite insuperabile nel parametro oggettuale cui va rapportato il principio in parola. L'incisione del giudicato, infatti, è ammessa a fronte della definitiva irrogazione di una "pena illegale", intendendosi con questa espressione la pena che, per specie ovvero per quantità, non corrisponde a «quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio» (la definizione in parola risale a Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli).

È evidente, allora, che allorché l'incostituzionalità abbia ad oggetto una sanzione amministrativa, per quanto avente vocazione penale, risulta "fuori gioco" tanto l'art. 673 c.p.p. (il cui raggio operativo è limitato alla declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice in senso stretto, costitutiva cioè di un autonomo titolo di reato), quanto l'art. 30, c. 4, L. 87/1953 (avente ad oggetto qualsiasi tipologia di norma penale, in particolare quelle che incidono sul *quantum* sanzionatorio<sup>16</sup>), nel cui perimetro non può essere affatto ricompreso, neppure in esito ad una interpretazione tesa ad estendere il più possibile il significato della norma, la diversa ipotesi di cui si discorre.

Stante l'impossibilità di percorrere una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, il Tribunale di Milano, dopo aver considerato la questione di legittimità costituzionale del citato art. 30 rilevante per la risoluzione del caso alla sua

---

<sup>16</sup> Il campo di applicazione dell'art. 30, c. 4, L. 87/1953 è stato definito dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla nota ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale della disposizione che prevedeva l'applicazione retroattiva dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio in caso di opzione per il rito abbreviato. Si fa riferimento a Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cui ha fatto seguito la decisione di incostituzionalità della disposizione censurata (Corte Cost. 18 luglio 2012, n. 210). La possibilità di applicare il rimedio di cui all'art. 30, c. 4, L. 87/53 anche alle ipotesi di incostituzionalità di norme penali non strettamente incriminatrici è stata definitivamente affermata da Sez. Un. 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, nonché da Sez. Un. 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, queste ultime pronunciate in esito alla declaratoria di incostituzionalità dell'automatismo sanzionatorio di cui all'art. 69, c. 4, c.p., che impediva il giudizio di prevalenza della allora ipotesi attenuata di cui all'art. 73, c. 5, d.p.r. 309/1990 rispetto alla recidiva reiterata (cfr. Corte Cost. 251/2012).

attenzione, ha ritenuto la stessa non manifestamente infondata, nonostante il precedente rappresentato dal rammentato arresto n. 43/2017.

Attraverso la nuova questione di legittimità il giudice *a quo* chiede alla Consulta di superare il suo iniziale orientamento proprio alla luce delle recenti prese di posizione, da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che sono andate, come visto, nella chiara direzione di favorire una sempre più effettiva parificazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale.

Il rinnovato statuto costituzionale delle sanzioni solo formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali, reca con sé, ad avviso del Giudice di merito, un possibile diverso esito della questione, anche in considerazione della «differente natura della sanzione che assume rilievo nel caso di specie – la limitazione del diritto all'uso della patente che si tramuta, in relazione alla professione svolta dal condannato, in un limite alla libertà di iniziativa economica – rispetto alla mera pena pecuniaria allora considerata» (*cf.* ordinanza di rimessione, p. 9).

L'ordinanza conclude affermando che «se non vi è ragione per continuare ad applicare ad un soggetto una sanzione che il legislatore giudica ormai eccessiva, non si comprende davvero come possa continuarsi ad applicare una sanzione radicalmente travolta da una pronuncia di legittimità costituzionale», aggiungendo che «il discrimine non può essere certo costituito dal giudicato, dovendosi dare prevalenza alla legalità costituzionale rispetto alle ragioni di certezza».

In tal modo, ad una lettura antiformalista dell'illecito penale, da valutarsi in base ad una accezione sostanziale piuttosto che alla luce della sua qualificazione formale, dovrebbe corrispondere una lettura sostanzialista anche della norma di cui all'art. 30, c. 4, che andrebbe intesa nel senso di consentire l'incisione del giudicato anche di fronte all'incostituzionalità di disposizioni che solo formalmente hanno carattere amministrativo, ma che nondimeno sono in grado di produrre effetti sostanzialmente penali in quanto ad afflittività e gravosità.

In altri termini, ad una parificazione sul piano sostanziale dovrebbe logicamente seguire una parificazione anche sul piano dei rimedi procedurali, apprestati a fronte della declaratoria di incostituzionalità di una norma che abbia un contenuto afflittivo e sulla base della quale sia stata irrogata una misura sanzionatoria in corso di esecuzione.

Il processo di progressiva assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo a quello penale è *in fieri* ed in costante evoluzione. Non resta che attendere l'ulteriore pronunciamento della Consulta al fine di verificare se nello statuto della sanzione amministrativa punitiva possa dirsi ricompresa l'ulteriore garanzia procedurale rappresentata dalla cessazione dell'esecuzione del provvedimento che l'abbia disposta, allorquando sia sopraggiunta una sentenza di incostituzionalità della relativa base legale, di modo che, in tale evenienza, ne possano cessare tutti gli «effetti "sostanzialmente"»

# LE FRONTIERE SOVRANAZIONALI DELLA LEGALITÀ: BREVI NOTE SU ALCUNE RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE DI STRASBURGO

Raffaele Muzica\*

## Abstract

*Nel contributo l'Autore analizza alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo relative a eventuali violazioni dell'art. 7 CEDU e dei suoi corollari, come elaborati dalla giurisprudenza CEDU. Le suddette pronunce rappresentano l'occasione per sondare l'asestamento dello standard di tutela elaborato dalla Corte di Strasburgo, da porre a confronto, in un'ottica di massimizzazione delle tutele fondamentali, con quello interno.*

*In this essay the Author analyzes the most recent case law elaborated by the Court of Strasbourg about Rule of Law principle. Such case law analysis offers the opportunity to test the established standard of rights in European Court of Human Rights case-law, that needs to be compared with the national standard in order to maximize the human rights protection.*

1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come interpretata dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo, rappresenta ormai da decenni un costante punto di riferimento per gli operatori del diritto penale<sup>1</sup>. Se appare innegabile il contributo, in termini di potenziamento e di espansione delle garanzie fondamentali, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha fornito in relazione a talune tematiche di diritto interno dotate di grande rilievo, sia teorico che pratico<sup>2</sup>, con riferimento ad

---

\* Giudice presso il Tribunale di Nola; Dottore di ricerca presso l'Università degli studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> In argomento, cfr. fra i tanti E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, *passim*; G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016, 353 ss.

<sup>2</sup> V. ad es., in rapporto ad alcune note pronunce, A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?* in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2014, n. 2; F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in [dirittopenalecontemporaneo.it](http://dirittopenalecontemporaneo.it), 2017, n. 9, 173 ss.; F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola* (Cass., sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, ric. Erco-lano), in [dirittopenalecontemporaneo.it](http://dirittopenalecontemporaneo.it), 12 maggio 2014.

altre questioni l'interazione con la giurisprudenza della Corte europea si è rivelata quanto mai complessa e problematica<sup>3</sup>

Tuttavia, nella prospettiva penalistica, risulta necessario un costante monitoraggio della produzione giurisprudenziale proveniente dalla Corte di Strasburgo, la quale, per la sua natura 'fluida' e casistica, oltre che per l'inevitabile contaminazione con un sistema giuridico di estrazione molto diversa da quella continentale, rischia di provocare veri e propri "cali di tensione" nella tenuta dei diritti fondamentali rispetto allo standard di tutela che l'ordinamento interno riconosce loro.

Le pronunce di seguito selezionate nella più recente giurisprudenza della Corte Europea in materia di legalità offrono l'occasione per effettuare tale necessario e prezioso confronto.

2. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 18 febbraio 2020, Jidic c. Romania. **Principio di retroattività della legge penale favorevole - individuazione della *lex mitior* in concreto - non violazione.**

Un autista romeno, condannato dai giudici interni per guida in stato di ebbrezza, ricorreva alla Corte di Strasburgo, lamentando di essere stato condannato ad una pena ingiusta, in quanto il giudice di ultima istanza aveva omesso di applicare retroattivamente la legge penale più favorevole - sopravvenuta alla commissione del fatto a seguito di una riforma del codice penale nazionale - con ciò violando l'art. 7 CEDU (§ 62). Più specificamente, sotto la disciplina previgente la guida in stato di ebbrezza era punibile con la reclusione da uno a cinque anni, con la possibilità di una sospensione dell'esecuzione della pena al ricorrere di specifiche condizioni, alcune delle quali discrezionalmente imponibili dal giudice, come la sospensione della licenza di guida. Inoltre, la normativa del *tempus commissi delicti* prevedeva la riduzione di un terzo della pena in caso di procedura sommaria. Nella nuova formulazione, la pena detentiva veniva posta in alternativa ad una pena pecuniaria, sospensibile o addirittura condonabile da parte del giudice al ricorrere di determinate condizioni. Inoltre, lo sconto di un terzo della pena veniva previsto soltanto nel caso in cui la pena applicata fosse detentiva.

La Corte europea, nella pronuncia in commento, ricorda anzitutto che, come chiarito dalla Grande Camera nella sent. *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009, tra le garanzie di cui all'art. 7 CEDU deve ritenersi implicitamente ricompreso anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole (§ 80); ciò nondimeno, nella vicenda di specie il ricorrente sosteneva che la *lex mitior* andasse determinata in astratto, considerando la cornice edittale prevista dalla precedente disciplina, mentre i giudici interni che avevano pronunciato la sentenza di condanna avevano tenuto conto della pena da irrogare in concreto, alla luce di tutte le circostanze del caso (§ 84). La Corte europea, nel rigettare il ricorso, afferma che l'individuazione della legge penale più favorevole ai fini dell'applicazione dell'art. 7 CEDU non dipende dal confronto in astratto tra le norme, ma dall'esito della concreta applicazione nei confronti dell'imputato al momento della condanna (§ 85; in tal senso, in precedenza, anche la sentenza della Grande Camera *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina* del 18

---

<sup>3</sup> Cfr., ad esempio, con riferimento alla tematica delle misure di prevenzione F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 25 maggio 2017, 1 ss.

luglio 2013, §§ 69-70). Di conseguenza, benché la norma incriminatrice della guida in stato di ebbrezza prevista dal nuovo codice penale rumeno comminasse la pena pecuniaria in alternativa a quella detentiva e invece la norma vigente al momento del fatto prevedesse la sola pena detentiva, dalla mancata applicazione della legge sopravvenuta non discendeva alcuna violazione delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU, stante la concreta irrogazione da parte dei giudici di merito della pena detentiva nel suo massimo edittale, considerata adeguata rispetto alla gravità della condotta oggetto di giudizio (§§ 92-98).

3. C. eur. dir. dell'uomo, sez. I, Georgouleas e Nestoras c. Grecia, 28 maggio 2020. **Pubblicazione di notizie false su strumenti finanziari – imprevedibilità della rilevanza penale della condotta – non violazione.**

Due soci di una società greca a responsabilità limitata, tra il 2003 e il 2004, effettuavano operazioni finanziarie – tra le quali compravendite fittizie di strumenti finanziari, ordini massicci poco prima della chiusura del mercato, ecc. – organizzate al fine di manipolare il valore delle azioni, così fornendo al pubblico informazioni false circa tale valore. Venivano pertanto ritenuti dalla competente Autorità amministrativa ellenica responsabili dell'illecito amministrativo previsto dall'abrogato art. 72 l. n. 1969/1991, il quale vietava di pubblicare o diffondere, in qualsiasi modo, informazioni false o imprecise su strumenti finanziari negoziati su mercati regolamentati, le quali fossero suscettibili di influenzarne il prezzo. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 7 CEDU, ritenendo che, al momento dei fatti, non avrebbero potuto prevedere che la “diffusione o pubblicazione di informazioni false o imprecise” potesse avvenire attraverso il compimento di operazioni finanziarie.

La Corte, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza consolidata con riguardo all'individuazione della “materia penale” (§ 43), rilevava come la relativa fattispecie indicasse in modo onnicomprensivo le condotte attraverso le quali la diffusione o pubblicazione di informazioni false o imprecise potesse realizzarsi, attraverso l'utilizzo dell'espressione “in ogni modo” (§ 62). Mediante il consueto parametro della prevedibilità, la Corte esclude la violazione dell'art. 7 CEDU, in ragione del fatto che i destinatari della norma erano in grado di comprendere – anche avvalendosi dell'interpretazione fornita dalle giurisdizioni nazionali – quali condotte fossero dotate di rilevanza penale. Attraverso un approccio ermeneutico tradizionale nei sistemi di *common law*, la Corte di Strasburgo reitera il consolidato canone della legalità circolare, fondato sul presupposto per cui ogni norma è caratterizzata da porzioni di significato necessitanti di un veicolo interpretativo (§ 56). Con riferimento al caso di specie, la Corte ritiene che la riconducibilità delle operazioni finanziarie all'ambito applicativo dell'art. 72 fosse ragionevolmente prevedibile, e ciò tanto alla luce dell'intenzione del legislatore, che era quella di proteggere il mercato da ogni condotta volta a manipolarlo attraverso la diffusione di informazioni false (§ 62), quanto della lettura che le Corti nazionali avevano in diverse occasioni dato della norma (§ 63). D'altronde, il concetto di “prevedibilità” deve tener conto del destinatario della norma (nel caso di specie, si trattava di soggetti professionalmente dediti all'attività di intermediazione finanziaria), potendosi legittimamente attendere che soggetti esperti adottino una maggior cautela nella gestione dei rischi che tale attività comporta (§ 65), e dunque potendo essi più difficilmente invocare l'imprevedibilità di un'interpretazione giurisprudenziale.

4. C.eur. dir. dell'uomo, sez. V, Kadagishvili c. Georgia, 14 maggio 2020. **Confisca del provento del reato – retroattività *in malam partem* – non violazione.**

Tre cittadini georgiani venivano condannati dal Tribunale di Tbilisi per la partecipazione a un'associazione per delinquere finalizzata al riciclaggio di denaro e al compimento di altre attività illecite. Il Tribunale disponeva la confisca del provento dei reati, consistente nei beni appartenenti a diverse società che i giudici avevano ritenuto costituite per finalità illecite, e nelle somme depositate sul conto corrente dei ricorrenti. Questi ultimi, esaurite le vie di ricorso interne, si rivolgevano alla Corte, lamentando che la confisca dei loro beni fosse stata disposta retroattivamente, dal momento che la norma che prevedeva la confisca del prodotto del reato – l'art. 25 co. 3 del codice penale georgiano – era entrata in vigore solo dopo la commissione dei fatti.

Con riferimento alla confisca, la Corte EDU conferma la sua tradizionale giurisprudenza, riferendo che in tale ambito il ricorrente deve provare in primo luogo il suo diritto di proprietà su quei beni, e di conseguenza dichiara in parte inammissibile il ricorso, non risultando provato che i ricorrenti abbiano patito un danno in conseguenza della confisca (§ 180). La richiesta è invece giudicata ammissibile per quanto concerne la confisca delle somme depositate sul conto corrente. Sul punto la Corte ribadisce il consolidato orientamento secondo cui la violazione dell'art. 7 CEDU è esclusa quando il destinatario della norma può comprendere – dalla lettura della stessa, avvalendosi eventualmente dell'interpretazione giurisprudenziale e del parere di esperti – quali atti comporteranno una responsabilità penale e con quali pene saranno sanzionati (§ 184). Quanto al caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte, pur riconoscendo che l'art. 25 co. 3 era stato introdotto in epoca successiva ai fatti, osserva, però, che la confisca dei proventi del reato era sostanzialmente già prevista dall'art. 190 del codice di procedura penale georgiano, il quale prevedeva il congelamento delle risorse “ottenute attraverso mezzi illeciti” (§§ 186 e 188). Il ricorso viene dunque rigettato, atteso che l'applicazione a carico dei ricorrenti dell'art. 25 co. 3 c.p., entrato in vigore dopo la commissione del fatto, non ha costituito un'applicazione retroattiva di una sanzione penale, in quanto, anche in assenza di quella norma, la confisca delle proprietà avrebbe comunque avuto luogo, seppur ai sensi di una norma diversa (§ 189).

5. C. eur. dir. uomo, sez. I, 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia. **Principio di irretroattività della legge penale – mancata concessione delle attenuanti generiche e applicazione retroattiva *in malam partem* dell'art. 62-bis co. 3 c.p. – non violazione**

Il ricorrente, cittadino italiano, condannato per il reato di guida in stato di ebbrezza senza ottenere la concessione delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p., ricorreva alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 7 § 1 CEDU, fondata sull'applicazione di una legge più severa rispetto a quella vigente al momento della commissione del fatto. Il ricorrente si doleva del fatto che nei suoi confronti era stato applicato retroattivamente l'art. 62-bis co. 3 c.p. (norma introdotta dalla l. n. 125/2008, secondo cui l'assenza di precedenti condanne non può essere, da sola, posta a fondamento della concessione delle attenuanti generiche).

La Corte europea, pur riconoscendo una violazione dell'art. 6 CEDU (basata sull'assunto che il giudice di legittimità interno non aveva considerato la questione



di diritto in tema di successione nel tempo delle leggi penali, privando dunque il ricorrente di un esame effettivo delle sue doglianze e della possibilità di comprendere le ragioni del loro rigetto), nega la sussistenza di una violazione dell'art. 7 CEDU. La Corte osserva che il diritto interno vigente al momento del fatto non prevedeva un riconoscimento automatico delle attenuanti generiche in favore dell'imputato incensurato, essendo, al contrario, l'assenza di precedenti penali solo uno degli elementi che dovevano essere presi in considerazione dal giudice (§ 46). Nel caso di specie i giudici di merito avevano escluso l'applicabilità delle attenuanti generiche tenendo conto di una pluralità di elementi, compreso il fatto che questi non avesse dimostrato alcun segno di risipiscenza nel corso del procedimento e, anzi, avesse nel frattempo commesso un'ulteriore violazione della medesima norma incriminatrice. La mancata concessione delle attenuanti generiche, dunque, era stata l'esito non di un'applicazione retroattiva del nuovo art. 62-bis co. 3 c.p., ma di un bilanciamento di quei parametri disciplinati dall'art. 133 c.p. che già all'epoca dei fatti assumevano rilevanza nella valutazione giudiziale (§§ 48-51).

6. Come appare evidente dalla breve casistica esaminata, la prevedibilità/accessibilità in cui si sostanzia la garanzia fondamentale enucleata dall'art. 7 CEDU è una sorta di giunto elastico tra la *rule of law/due process of law* anglosassone e la legalità penale-costituzionale del diritto continentale. Ne consegue l'approccio eminentemente casistico e flessibile che la Corte di Strasburgo riserva ai casi in cui è chiamata a scrutinare possibili violazioni dell'art. 7 CEDU, tanto nelle ipotesi relative all'individuazione ed all'applicazione della *lex mitior*, quanto nei casi concernenti il grado di prevedibilità della rilevanza penale di una condotta e delle conseguenze sanzionatorie dalla stessa scaturenti.

Tuttavia non si può tralasciare una considerazione: nonostante le interferenze tra i due piani e tra i principi incardinati nei rispettivi ordinamenti, la legalità interna e la prevedibilità europea teleologicamente incarnano *rationes* diverse, non concettualmente sovrapponibili. Mentre la legalità presidia la libertà individuale, la certezza e la democraticità della disposizione penale<sup>4</sup>, la prevedibilità-accessibilità salvaguarda l'affidamento dei consociati rispetto alla norma incriminatrice come è applicata nel singolo caso di specie. Ne consegue, dunque, che l'interprete deve maneggiare correttamente i principi in questione, onde evitare che l'implementazione del diritto CEDU nell'ordinamento interno finisca per indebolire, anziché rafforzare, la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. In primo luogo, da un punto di vista assiologico, occorre fermamente ritenere la prevedibilità non un valore autosussistente, ma necessariamente accessorio rispetto alla legalità; come è stato acutamente osservato<sup>5</sup>, la prima, orientata a garantire un equilibrato rapporto tra cittadino e ordinamento, è

---

<sup>4</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Padova 2011, 41, ma anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino 1973, 40; F. BRICOLA, sub art. 25, 2° e 3° comma, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 24-26: Rapporti civili*, Bologna/Roma 1981, 231.

<sup>5</sup> A. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *www.sistemapenale.it*, 10 aprile 2020, 5; F. VIGANO, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, 12 ss.

lo scopo da perseguire tramite la seconda, ma è insufficiente dal punto di vista istituzionale, poiché nulla dice in merito alla distribuzione della funzione normativa tra l'interprete<sup>6</sup> ed il legislatore a fronte della disposizione scritta. Ed infatti, la legalità residua come indefettibile garanzia di falsificabilità delle soluzioni interpretative della giurisprudenza le quali, sebbene non necessitate in base al testo interpretato, non potranno porsi in insanabile contrasto con lo stesso<sup>7</sup>. Nel perimetro fornito dal dato testuale tali soluzioni potranno e dovranno consolidarsi in assunti normativi che, per dirsi conformi allo standard di garanzie enucleato dalla giurisprudenza di Strasburgo e, prim'ancora, dai principi costituzionali interni<sup>8</sup>, dovranno essere connotati da un sufficiente grado di prevedibilità da parte dei consociati.

Al contrario, l'interprete interno deve ben guardarsi dai potenziali rischi di una lettura convenzionale della prevedibilità che, in nome di un passivo recepimento del diritto sovranazionale scevro da ogni contributo attivo alla sua formazione, finisce spesso per fagocitare gli altri corollari della legalità, inducendo l'operatore del diritto interno a ritenere compatibili con la CEDU ed applicare disposizioni legali vaghe e finanche orientamenti giurisprudenziali ispirati ad approcci analogici, alla sola condizione che fossero conoscibili *ex ante* dall'agente e rispondenti all'essenza del reato. Una corretta impostazione del dialogo tra i due ordinamenti, dunque, impone all'interprete di impedire che la prevedibilità colmi l'assenza di una disposizione di legge precisa<sup>9</sup>, giacché la prevedibilità/accessibilità, quale nucleo fondamentale della legalità convenzionale, costituisce un cerchio concentrico rispetto a quella costituzionale, finalizzato ad un'estensione dell'ambito di tutela dei diritti fondamentali e non ad un suo ridimensionamento<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002, 7: «Il ruolo privilegiato a tutt'oggi spettante al principio di legalità in materia penale non ha (e non potrebbe del resto avere) la forza di inibire la valenza 'creativa' connaturata all'attività interpretativa del giudice: per cui principio di legalità e creatività dell'interpretazione delle stesse leggi penali (specie nei 'casi difficili') rappresentano due poli da conciliare sul piano teorico e politico-istituzionale».

<sup>7</sup> D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 34: «Può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate».

<sup>8</sup> F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 17, secondo cui il principio di legalità in materia penale, in un'accezione 'integrata' comprensiva delle fonti costituzionali e sovranazionali pertinenti, unitamente allo stesso principio 'nostrano' di colpevolezza fondato sull'art. 27 co. 1 e 3 Cost., costituiscono chiare e inequivoche basi normative del principio di prevedibilità della decisione giudiziale.

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 327/2008, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), afferma che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale». Cfr., per tutti, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 57 ss.; G. VASSALLI., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 307 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 230/2012, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

## LA NOTIZIA DI DECISIONE N. 3/2020, CASS., SEZ. III, UD. 2 LUGLIO 2020: PRIME CONSIDERAZIONI

Flavia Accardo\*

**Sommario:** **1.** La comunicazione di manifesta infondatezza della sospensione dei termini di prescrizione nel periodo in cui opera la sospensione dei termini ai sensi dell'art. 84 co. 2 d.l. n. 18/2020 e succ. mod. - **2.** L'oggetto specifico della decisione di manifesta infondatezza. - **3.** Riepilogo dell'iter emergenziale di approvazione della norma. - **4.** La rilevanza dommatica e pratica del dibattito in ordine alla legittimità costituzionale della norma in questione. - **5.** Il principio di diritto espresso, in attesa delle motivazioni.

### 1. La comunicazione di manifesta infondatezza della sospensione dei termini di prescrizione nel periodo in cui opera la sospensione dei termini ai sensi dell'art. 84 co. 2 d.l. n. 18/2020 e succ. mod.

Con la notizia n. 3/2020 la Corte di Cassazione ha comunicato che, all'udienza del 2 luglio 2020, la III Sezione penale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della sospensione dei termini di prescrizione ai sensi dell'art. 83 co. 4 d.l. 18 marzo 2020, n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, e le successive modificazioni con d.l. 30 aprile 2020, art. 3, comma 1 lett. h) conv. dalla l. 25 giugno 2020 n. 70, «relativamente alla sospensione della prescrizione nel periodo in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 della stessa norma» affermando che essa «non viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost, in quanto, premessa la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione (Corte cost. n. 115 del 2018), la durata della sospensione, dovuta a fattore esogeno (emergenza sanitaria), ha carattere generale, proporzionato e temporaneo, così realizzando un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali, nessuno dei quali è assoluto e inderogabile».

---

\* Giudice presso il Tribunale di Foggia, Dottoressa di ricerca in *Sistema penale e processo* presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Nella stessa informazione si legge che, nel caso di specie, la sospensione riguardava il periodo di tempo dal 13 marzo 2020 all'11 maggio 2020. La Corte cita quali riferimenti giurisprudenziali tanto la sentenza della Corte cost. n. 115/2018, con la quale la Consulta si è espressa in ordine alla natura sostanziale della prescrizione, quanto la sentenza Corte cost. n. 85/2013, in ordine alla comprimibilità dei diritti assoluti, nel bilanciamento delle varie esigenze in conflitto.

Come noto, tale decisione è intervenuta dopo che i Tribunali di Siena, Spoleto, Roma e Crotone avevano sollevato autonome questioni di legittimità costituzionale<sup>1</sup>.

## 2. L'oggetto specifico della decisione di manifesta infondatezza.

Leggendo l'informazione provvisoria, il giudizio di manifesta infondatezza pare limitato alla sospensione dei termini di prescrizione dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020 (periodo in cui essa è stata stabilita a livello nazionale), con esclusione del periodo di sospensione dei termini di prescrizione dal 12 maggio 2020 al 30 giugno 2020 (stabilito dalle modificazioni successive dell'art. 83 d.l. n. 18/2020, compresa la legge di conversione del 25 giugno 2020). Occorrerà, necessariamente, leggere le motivazioni del provvedimento per comprendere se tale limitazione derivi dalle circostanze del caso concreto (se cioè il processo in questione è rientrato nel novero dei processi per cui è stata prevista la trattazione presso la Corte di Cassazione a partire dal 12 maggio 2020), o se, invece, vi sia una motivazione giuridica dovuta al diverso carattere di generalità e astrattezza della norma. Il periodo di sospensione delle attività giudiziarie dal 12 maggio al 30 giugno 2020, infatti, per espressa previsione dell'art. 83 d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni, è stato rimesso alla valutazione discrezionale dei dirigenti dei vari uffici, in ordine alle possibilità di ripresa dell'attività giudiziaria, pur predisponendo modalità di prevenzione della diffusione del contagio.

## 3. Riepilogo dell'iter emergenziale di approvazione della norma.

Per comprendere la norma in esame ed il dibattito in ordine alla legittimità costituzionale della stessa, è opportuno ripercorrere brevemente gli eventi e i provvedimenti che si sono susseguiti in materia di misure straordinarie ed urgenti, adottate per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria<sup>2</sup>.

Si ricordi, per una corretta ricostruzione della vicenda, che solo in data 11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha effettuato un comunicato stampa nel quale l'emergenza epidemiologica in questione è stata definita come una vera e propria pandemia.

Il 31 gennaio 2020, in conformità con quanto previsto da c.d. codice della protezione civile, il Governo italiano ha dichiarato lo stato di emergenza per la durata di 6

---

<sup>1</sup> Cfr. le ordinanze n. 1 e 2 del 25 maggio 2020 del Tribunale di Siena, le due ordinanze del 27 maggio 2020 del Tribunale di Spoleto, l'ordinanza del 18 giugno 2020 del Tribunale di Roma e l'ordinanza del Tribunale di Crotone del 19 giugno 2020.

<sup>2</sup> Sullo stesso argomento L. FIDELIO L.-A. NATALE, *Emergenza Covid-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Quest. Giust.*, 16 aprile 2020.

mesi, quindi fino al 31 luglio, a causa del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (Covid-19)<sup>3</sup>.

Fino al d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020, il Governo non aveva preso misure specifiche relative al settore dell'amministrazione della giustizia e non a caso, nello stesso periodo, in assenza di una previsione generale ed astratta, nei vari uffici giudiziari, di concerto con le disposizioni delle autorità sanitarie regionali, sono state emanate, per lo più, disposizioni in ordine alle misure igieniche da adottare per la prevenzione del contagio.

Nel mese di marzo 2020, con l'art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n.9, salvo che per le questioni indifferibili ed urgenti previste dallo stesso decreto, è stata stabilita la sospensione fino al 31 marzo 2020 delle udienze nei procedimenti civili, penali, amministrativi e contabili da tenersi nei soli uffici giudiziari dei Comuni inseriti nella c.d. zona rossa prevista dall'allegato n. 1 al d.p.c.m. del 1° marzo 2020 o le udienze dei processi in cui risultava che le parti o i loro difensori fossero residenti o avessero sede legale nei predetti Comuni. Già nell'ambito di tale norma era stata prevista la sospensione dei termini di prescrizione.

Immediatamente dopo, l'Organismo congressuale forense, ritenendo del tutto inadeguate le misure poste in essere, prendendo atto delle plurime richieste di intervento con misure «più significative» e della presunta inerzia del Ministro della Giustizia, sebbene sollecitato dagli organi forensi «sia per le vie brevi [...] sia in modo formale» a valutare «la gravità e la delicatezza della questione» e a sospendere le attività giudiziarie al fine di studiare misure di contrasto al contagio, ha indetto un'astensione collettiva dalle attività giudiziarie non indispensabili dal 6 al 20 marzo 2020 (revocata dopo l'entrata in vigore del d.l. 8 marzo 2020, n.11), dando avviso della necessità di considerare l'adesione all'astensione come un legittimo impedimento, al fine di garantire la salute e l'incolumità degli avvocati italiani (così il comunicato dell'O.C.F.).

L'8 marzo 2020, in un *climax* di ascendente emergenza, è stato pubblicato il d.l. n. 11/2020, con il quale è stata disposta la sospensione delle attività di udienza nei processi civili, penali e amministrativi su tutto il territorio nazionale dal 9 al 22 marzo 2020, fatte salve le eccezioni di cui all'art. 2 co. 2 lett. g), prevedendo la sospensione dei termini di prescrizione (e dei soli termini di cui all'art. 303 c.p.p.)<sup>4</sup>. Dal 23 marzo

<sup>3</sup> Il d.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 (Codice della protezione civile), all'articolo 7 (Tipologia degli eventi emergenziali di protezione civile), lettera c) dispone che gli eventi emergenziali di protezione civile sono «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo». Lo Stato d'emergenza attribuisce al Governo e alla Protezione civile dei 'poteri straordinari' o 'speciali'. Per l'attuazione degli interventi si provvede in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Ai sensi dell'art. 24 co. 3 del codice della protezione civile, lo stato di emergenza può avere una durata massima di un anno, prorogabile, al massimo, di ulteriori 12 mesi.

<sup>4</sup> Sullo specifico tema della sospensione dei termini per le misure cautelari cfr. L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del Covid-19*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 16 aprile 2020; F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid-19*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), n. 4/2020; E. MARZADURI, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 24 marzo 2020; G. SPANGHER, *Misure cautelari e diritto alla salute*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 25 marzo 2020; nonché il *Documento del Direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale* del 30 marzo 2020, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2 aprile 2020.

al 31 maggio 2020, invece, la possibilità del rinvio con sospensione dei termini di prescrizione (e di quelli di cui all'art. 303 c.p.p.) è stata rimessa alla decisione dei capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati. Questi ultimi sono stati incaricati di adottare le misure organizzative necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia, nonché delle prescrizioni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone<sup>5</sup>. Sono state, quindi, previste numerose misure adottabili in relazione al contingentamento degli accessi agli uffici giudiziari e alla trattazione degli affari giudiziari, dovendo scegliere (ragionevolmente secondo criteri di gradualità e adeguatezza) tra la possibilità di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze, di disporre la celebrazione delle udienze a porte chiuse (ex art. 472, comma 3 c.p.p. ed ex art. 128 c.p.c.), di disporre la trattazione delle udienze da remoto (laddove possibile) e, quale *ultima ratio*, di rinviare tutti i processi a data successiva al 31 maggio 2020, salve le predette eccezioni di cui alla lettera g) dell'art. 2 co. 2.

Con il successivo d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il Governo è intervenuto in modo organico in tutti i settori coinvolti dall'emergenza epidemiologica, prevedendo misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese, in virtù della straordinaria situazione epidemiologica da Covid-19, che ha richiesto l'intervento di un atto avente forza di legge necessario ed urgente, considerata l'elevata contagiosità del virus in questione, le conseguenze sulla salute delle persone e l'incidenza della pandemia sul sistema sanitario nazionale.

Come si legge nelle premesse di tale decreto, il Governo è intervenuto, contemporaneamente, in vari settori, pubblici e privati, per potenziare il Servizio sanitario nazionale, la protezione civile e la sicurezza; prevedere misure di sostegno nel settore lavorativo pubblico e privato ed a favore delle famiglie e delle imprese; adottare disposizioni in materia di giustizia, di trasporti, per i settori agricolo e sportivo, dello spettacolo e della cultura, della scuola e dell'università; prevedere la sospensione degli obblighi di versamento per tributi e contributi, di altri adempimenti e incentivi fiscali, derogando agli obiettivi economici di medio e lungo termine, come autorizzato dalle Camere con deliberazioni dell'11 marzo 2020.

Tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato, quindi, ci si è trovati dinanzi alla necessità di bilanciare numerosi interessi costituzionalmente tutelati: il diritto alla salute, il buon funzionamento del servizio sanitario nazionale, del sistema scolastico e universitario, dell'amministrazione della giustizia, nonché la finanza e l'economia. Tutto ciò, cercando di mettere i soggetti in posizione apicale al riparo da responsabilità di tipo colposo (preoccupazione che traspare in modo nitido dai vari provvedimenti governativi che si sono susseguiti).

---

<sup>5</sup> Sempre in virtù della medesima norma, per gli uffici diversi dalla Corte suprema di Cassazione e dalla Procura generale presso la Corte di cassazione è stato stabilito che le suddette misure sarebbero state adottate d'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti.

In materia di amministrazione della giustizia civile, penale ed amministrativa, l'art. 83 d.l. n. 18/2020 (convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27), riproducendo il meccanismo operativo già previsto dal precedente d.l. n. 11/2020, ha disposto un periodo di sospensione obbligatoria dell'attività giudiziaria e un ulteriore periodo di sospensione che si potrebbe definire facoltativa, perché, anche in questo caso, è stata rimessa alla decisione dei capi degli uffici giudiziari, secondo criteri di gradualità e adeguatezza previsti dallo stesso decreto e specificati dal C.S.M. (v. delibera del 26 marzo 2020).

È stato, quindi, previsto il rinvio d'ufficio per tutte le udienze, nel periodo dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, fatte salve le eccezioni già previste dal precedente decreto; per la stessa durata sarebbero stati sospesi tutti i termini processuali, i termini di prescrizione e i termini di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p.<sup>6</sup>. Con successivo d.l. n. 23/2020, il termine finale di tale sospensione nazionale è stato prorogato all'11 maggio 2020, salvo che per i procedimenti penali in cui i termini di cui all'articolo 304 c.p.p. scadevano nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020 (cfr. art. 36 del medesimo decreto).

Per quanto riguarda la c.d. sospensione facoltativa operante dal 16 aprile 2020, invece, la sospensione ha riguardato solo i termini di prescrizione e quelli relativi alle misure cautelari (non anche tutti gli altri termini processuali). Problematica è stata l'individuazione del termine finale di tale fase, dal momento che il d.l. 18/2020 aveva previsto un periodo decorrente dal 16 aprile al 30 giugno 2020; con successivo d.l. 30 aprile 2020, n.28, il termine finale è stato sostituito con il 31 luglio 2020; infine, è stato riportato al 30 giugno dalla l. di conversione del 25 giugno 2020 (considerati non solo la diminuzione dei contagi, ma anche le varie mobilitazioni che hanno spinto per la ripresa delle varie attività economiche ed anche giudiziarie).

A seguito dell'emanazione di tali fluttuanti disposizioni, vi sono processi che, in applicazione dei provvedimenti dei singoli capi degli uffici giudiziari, tra il 30 aprile 2020 ed il 25 giugno 2020, sono stati rinviati a data successiva al 31 luglio 2020, nella convinzione dell'impossibilità di riprendere l'attività giudiziaria, per cui, stando alla lettera della norma, a prescindere dalla legittimità costituzionale della stessa, il decorso del termine di prescrizione è stato dapprima sospeso fino al 31 luglio ed ora fatto retroagire nuovamente al 30 giugno 2020. Ci si rende facilmente conto di come tali situazioni siano grottesche, considerando che ci si riferisce a termini chiamati ad incidere sull'estinzione del reato e sull'efficacia rieducativa della pena da applicare. Se è vero che, mai come in questo caso, il diritto penale dell'emergenza ha dovuto affrontare una vera e propria situazione contingibile ed urgente, è pur vero che forse non si dovrebbe mai perdere di vista la necessaria prudenza e ponderazione che la materia penale impone, evitando di trasformare l'emergenza in emergenzialismo<sup>7</sup>.

In ogni caso, in un clima di totale disorientamento informativo, tra la persistenza dei casi di contagio, seppur in un numero di minore allarme sociale, la necessità dei

---

<sup>6</sup> Si noti, tra l'altro, la particolarità della previsione di una norma che, seppur chiamata a ratificare quanto già previsto dai precedenti decreti-legge, ha preteso di avere efficacia retroattiva, venendo pubblicata il 17 marzo 2020 e facendo decorrere i suoi effetti dal 9 marzo 2020, in materia di sospensione dell'attività giudiziaria, di prescrizione, di altri termini processuali e di termini delle misure cautelari personali.

<sup>7</sup> In argomento S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1997, *passim*.

capi degli uffici giudiziari di prendere provvedimenti per coniugare la ripresa dell'attività giudiziaria con la necessità di perseverare nelle misure di prevenzione alla diffusione del contagio, la politica pare voler prorogare lo stato di emergenza oltre il 31 luglio 2020.

#### **4. La rilevanza dommatica e pratica del dibattito in ordine alla legittimità costituzionale della norma in questione.**

Da un punto di vista dommatico, la questione di cui si discute è di primario interesse, dal momento che essa lambisce il tema della natura sostanziale o processuale della prescrizione, ed impone di soffermarsi sulle norme disposte in tema di sospensione del termine di prescrizione, per verificare se esse siano soggette o meno alle garanzie del diritto sostanziale penale e in che termini. Non va escluso, inoltre, che una disposizione come quella in esame può creare un precedente riproponibile in futuro anche per periodi di tempo più lunghi, capaci di incidere fortemente sul diritto all'oblio dell'imputato, nonché sull'effettiva efficacia integratrice della sanzione penale da applicare. Proprio per la sua rilevanza non stupisce che, in un periodo di tempo così ristretto, la questione sia stata oggetto di sindacato di legittimità costituzionale sollevata da ben quattro Tribunali di merito distinti e sia oggetto dell'odierna notizia di decisione<sup>8</sup>.

Da un punto di vista strettamente applicativo, invece, data la brevità del lasso temporale preso in considerazione (dal 9 marzo al 12 maggio 2020, come previsto dall'informazione provvisoria o, al più, fino al 30 giugno 2020), si dubita fortemente che la sospensione del termine di prescrizione di cui si discute sia idonea ad incidere in modo significativo sull'estinzione del reato (a prescindere dall'applicazione della vecchia disciplina della prescrizione, della l. n. 103/2017 o della recentissima l. n. 3/2019, entrata in vigore solo il 1° gennaio 2020).

Considerato che un reato si prescrive, come minimo, in sette anni e mezzo o in cinque anni e considerati i numeri delle pendenze dei fascicoli ultrabiennali nei vari uffici giudiziari, si ritiene che sia limitato il numero dei casi in cui questi tre mesi e mezzo di sospensione saranno determinanti per le sorti della punibilità. Se, infatti, si considerano i gravi problemi di gestione delle pendenze che gli uffici giudiziari si troveranno ad affrontare nei prossimi mesi (valutati il numero delle pendenze, l'arretrato creato da quattro mesi di sospensione dell'attività giudiziaria e la necessità di rispettare misure di contingentamento degli ingressi negli uffici giudiziari, e rilevata la situazione critica dell'edilizia giudiziaria in numerosi uffici), è ben possibile che la sospensione della prescrizione non riesca ad impedire l'estinzione del reato (ci si riferisce, in particolare, ai fatti di reato commessi fino al 31 dicembre 2019). Le uniche ipotesi in cui essa pare chiamata a produrre un effetto pratico riguardano i processi in cui il termine di prescrizione scadeva tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020 e si era prossimi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna o alla definizione di un grado di giudizio con

---

<sup>8</sup> Sullo stesso argomento N. MADIA, *Prime questioni di legittimità costituzionale sulla prescrizione "da Covid-19"*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 26 maggio 2020; *Id.*, *Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione connessa all'emergenza Covid-19*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 4 maggio 2020.



costituzione di parte civile, atteso che, in tali casi, l'intervento di una pronuncia di merito diviene un incentivo\disincentivo importante per insistere nella domanda di risarcimento del danno da reato, eventualmente in sede civile.

## 5. Il principio di diritto espresso, in attesa delle motivazioni.

Per la comprensione effettiva del principio di diritto affermato, sarà necessario attendere la pubblicazione integrale del provvedimento.

Allo stato, è noto solo che la terza Sezione della Corte di Cassazione ha affermato la legittimità costituzionale della durata della sospensione della prescrizione dal 9 marzo all'11 maggio 2020, stabilita in via generale ed astratta su tutto il territorio nazionale con atto avente forza di legge, dal momento che essa non costituisce altro che il frutto del bilanciamento dei vari diritti fondamentali in conflitto (è proprio la Corte ad utilizzare l'espressione diritti fondamentali nell'informazione provvisoria).

La Corte sembra affermare il seguente principio di diritto: il legislatore è chiamato a contemperare le esigenze del caso concreto, ponderando tutti gli interessi coinvolti, per comprendere quanti e quali di essi vadano compressi e in che misura, dal momento che non esistono diritti che si pongano, in assoluto e inderogabilmente, in una posizione di superiorità gerarchica.

Che questo sia il percorso logico-argomentativo, è ricavabile dalla lettura dei precedenti giurisprudenziali citati nella stessa informazione provvisoria.

Come già ricordato, con la sent. n. 115/2018, la Consulta, in senso conforme ai principi espressi da consolidata giurisprudenza costituzionale, ha affermato: «La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile (ex plurimis, sentenze n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 294 del 2010 e n. 393 del 2006; ordinanze n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999)». Si aggiunga che con la prescrizione il legislatore, oltre a bilanciare i predetti interessi meritevoli di tutela, assicura che la sanzione penale possa essere applicata in un tempo utile per svolgere la sua funzione di integrazione sociale o, almeno, di non ulteriore desocializzazione<sup>9</sup>.

Nell'esprimere tale principio di diritto, la Corte ha richiamato quanto già osservato con l'ordinanza n. 24/2017, cioè che «un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sull'importanza della scelta costituzionale della funzione della pena, come elemento di indirizzo dell'intero sistema penale orientato da considerazioni di politica-criminale, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 17 ss.

<sup>10</sup> Com'è noto, la questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 2 l. 2 agosto 2008, n. 130 di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (in modifica del Trattato sull'Unione europea, del Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi),

Con la sent. n. 85/2013, invece, la Corte costituzionale si è espressa in ordine alla possibilità di comprimere i diritti assoluti, quando vi è necessità di contemperare plurimi interessi costituzionalmente tutelati in conflitto, giacché nessuno di essi si pone in una situazione di prevalenza gerarchica assoluta; pertanto il legislatore può intervenire con strumenti legislativi di bilanciamento, purché essi siano ragionevoli e proporzionati e non comportino un sacrificio del nucleo essenziale del diritto assoluto.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal g.i.p. del Tribunale di Taranto e dallo stesso Tribunale di Taranto in funzione di appello *ex art. 322 bis* c.p.p. in ordine agli artt. 1 e 3 della l. 24 dicembre 2012, n. 231 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale) con i quali, di fatto, sono stati consentiti il prosieguo dell'attività produttiva dell'Ilva di Taranto e la commercializzazione dei prodotti finiti (sebbene impianti e prodotti fossero sottoposti a sequestro in virtù dei

poiché, modificando l'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come interpretato dalla Grande sezione della Corte di giustizia 8 settembre 2015, in causa C-105/14, caso Taricco, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160 co. 3 e 161 co. 2 c.p. in materia di interruzione della prescrizione, qualora ne fosse derivata la "sistematica impunità" di "gravi frodi" in materia di imposta sul valore aggiunto a danno degli interessi finanziari dell'Unione punite dal d.lgs. 74/2000 (dove il concetto di gravi frodi si sarebbe dovuto interpretare alla luce dell'art. 2 della Convenzione PIF). Lo scopo perseguito dalla norma, così interpretata, era quello di applicare sanzioni effettive e dissuasive a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Si erano, quindi, posti problemi di legalità della disciplina della prescrizione, per contrasto con il principio di irretroattività - attesa la sua natura sostanziale e non processuale -, di determinatezza - a causa della genericità dei concetti di «grave frode» e di «numero considerevole di casi» in cui applicare i principi espressi dalla sentenza Taricco -, di sindacabilità da parte del giudice - perché verrebbe demandata una «valutazione di natura politico-criminale» che spetterebbe invece al legislatore - di ragionevolezza e di uguaglianza - per aver impedito di prevedere la data di prescrizione del reato e di valutare l'opportunità di accedere a un rito alternativo -, e di compatibilità con la funzione rieducativa della pena, legando il termine di prescrizione esclusivamente a considerazioni attinenti alla tutela di interessi finanziari.

La Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B., facendosi carico dei dubbi interpretativi della Corte costituzionale, ha affermato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della "regola Taricco", viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell'insufficienza determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Facendo applicazione di tali principi, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione per manifesta violazione del principio di determinatezza della norma penale; ne deriva per il giudice nazionale l'obbligo di applicare gli artt. 160 e 161 c.p. Ed infatti, un cittadino comune non avrebbe mai potuto avere la percezione della regola da seguire e del tempo di prescrizione del reato, pur conoscendo l'art. 325 TFUE e la stessa sentenza Taricco. Nonostante ciò, la Corte ha colto l'occasione di ribadire il proprio orientamento in ordine alla natura sostanziale della prescrizione.

Sull'intera vicenda Taricco esiste una letteratura ormai sterminata; per un ampio confronto sul tema v. in particolare il Volume a cura di A. BERNARDI-C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017, *passim*.

gravi reati ambientali per cui si procedeva)<sup>11</sup>. Il sindacato di legittimità è stato richiesto in relazione agli artt. 2, 3, 9 co. 2, 24, 25 co. 1, 27 co. 1, 32, 41 co. 2, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112, 113 e 117 co. 1 Cost.

Sottolineando solo quegli aspetti che interessano nel caso di specie, la questione relativa all'art. 1 l. n. 231/2012 (relativo alle norme dettate in via generale ed astratta per gestire la crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale e contenere la tutela dell'ambiente e della salute con il mantenimento dei livelli di occupazione, anche in presenza di provvedimenti di sequestro giudiziario degli impianti) è stata dichiarata manifestamente infondata, rigettando l'assunto dei giudici rimettenti, in base al quale il diritto alla salute sarebbe stato leso in senso assoluto dall'intervento normativo in questione, per soccombere rispetto a logiche di tipo economico. Al contrario, la Corte ha insistito molto sul concetto per cui tale diritto è stato semplicemente compresso in misura proporzionata e necessaria per bilanciare la sua tutela con quella di altri interessi ritenuti primari<sup>12</sup>.

In sintesi, la Corte ha sottolineato che la norma non avrebbe potuto incidere sul carattere illecito dei fatti perpetrati e sulla possibilità di applicare e mantenere misure cautelari reali, così come non avrebbe mai potuto creare un'aprioristica immunità della prosecuzione della produzione da responsabilità penali, civili e amministrative secondo le regole ordinarie, per le varie infrazioni alle norme poste a salvaguardia dell'ambiente e della salute; «la stessa norma, piuttosto, traccia un percorso di risanamento ambientale ispirato al bilanciamento tra la tutela dei beni indicati e quella dell'occupazione, cioè tra beni tutti corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti».

---

<sup>11</sup> L'art. 1 del citato d.l. n. 207/2012 è stato censurato in quanto prevedeva che fosse possibile prorogare l'attività di impresa degli impianti sequestrati - fino ad un massimo di 36 mesi - per gli stabilimenti riconosciuti con d.p.c.m. di interesse strategico nazionale con almeno duecento persone impiegate, qualora necessario per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, nel rispetto delle prescrizioni impartite con una AIA - autorizzazione integrata ambientale - rilasciata in sede di riesame, che avrebbe consentito un'adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili.

Il successivo art. 3 è stato censurato poiché definiva l'impianto siderurgico Ilva di Taranto come stabilimento di interesse strategico nazionale a norma dell'art. 1; autorizzava la produzione negli impianti sottoposti a sequestro in conformità con l'AIA - rilasciata alla società Ilva il 26 ottobre 2012 -; reimmetteva gli imputati nel possesso degli impianti e dei beni già sottoposti a sequestro dell'autorità giudiziaria; di fatto, sottraeva alla possibilità di confisca i prodotti in giacenza, compresi quelli realizzati prima dell'entrata in vigore del decreto-legge, poiché questi potevano essere commercializzati dall'impresa.

<sup>12</sup> La continuazione della produzione, infatti, è stata sottoposta all'adeguamento alle misure predisposte dall'AIA, autorizzazione rilasciata solo se il gestore dell'impianto dimostra di adottare le migliori tecnologie disponibili (MTD), seguendone l'evoluzione; non a caso, si tratta di un provvedimento "dinamico", contenente un programma di riduzione delle emissioni, che va riesaminato periodicamente (di norma ogni cinque anni). Anche la questione della mera applicazione di una sanzione pecuniaria per la violazione delle prescrizioni imposte non era fondata, in quanto comunque, restano applicabili tutte le disposizioni previste «dagli articoli 29-*decies* e 29-*quattordicies* del decreto legislativo n. 152 del 2006 e dalle altre disposizioni di carattere sanzionatorio penali e amministrative contenute nelle normative di settore [...]». Inoltre, non sarebbe stata frustrata in alcun modo la possibilità di applicare o mantenere misure cautelari reali o, per i cittadini, la possibilità di adire l'autorità giudiziaria.

La Corte, in particolare, insiste su tale concetto affermando che «non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. Lo stesso giudice rimettente ritiene che la norma censurata "annienti completamente il diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di quello economico e produttivo". Se questa valutazione fosse rispondente alla realtà normativa, ci si troverebbe senza dubbio di fronte ad una violazione dell'art. 32 Cost., in quanto nessuna esigenza, per quanto costituzionalmente fondata, potrebbe giustificare la totale compromissione della salute e dell'ambiente, per le ragioni prima illustrate. Tale conclusione non è tuttavia suffragata da una analisi puntuale della disposizione censurata».

Due sono i punti su cui sarà interessante leggere le motivazioni della Corte di Cassazione: 1) quale sia il diritto primario che, secondo la giurisprudenza di legittimità, va posto in bilanciamento con il diritto alla salute, consentendo la sospensione del termine di prescrizione; 2) come possa sostenersi che un fattore esogeno quale l'odierna emergenza sanitaria, per usare le parole della Corte, comportando una tale modifica legislativa, non abbia pregiudicato il rispetto del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Se si parla di bilanciamento, occorre valutare, in primo luogo, che esso consiste in un'operazione di ponderazione contemporanea di più elementi che si può concludere sia con un giudizio di prevalenza\soccombenza di uno di essi (come avviene, in particolare, nell'ambito delle cause di giustificazione) sia con la compressione di uno o più di essi solo per la porzione minima possibile (ed è questo il caso della disciplina della prescrizione che, per sintetizzare, citando la sent. Corte cost. n. 115/2018, comporta il bilanciamento tra il diritto all'oblio dell'imputato e l'interesse dello Stato all'esercizio del potere punitivo).

Va, poi, considerato che si ritiene di poter bilanciare solo elementi tra loro analoghi o comunque equiparabili. Ciò vuol dire che possono essere ponderati contestualmente beni giuridici, diritti primari e interessi costituzionalmente tutelati e, entro certi limiti, possono essere messi in bilanciamento persino i principi fondamentali<sup>13</sup>. Ciò

---

<sup>13</sup> V. sul punto R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. Civ.*, XIV, Torino 1996, 341-355, par. 6 e par. 17, secondo il quale i principi sono una specie del *genus* delle norme di diritto, come in effetti si desume dallo stesso art. 12 delle Preleggi; essi sono di difficile definizione e classifica-

che non appare possibile, invece, è il bilanciamento tra diritti primari (quale può essere quello della salute) e principi fondamentali (come quello dell'irretroattività della legge penale sfavorevole), considerando, tra l'altro, che esistono principi di diritto del tutto inderogabili.

Fatta questa premessa, è evidente che il legislatore, nell'affrontare l'emergenza sanitaria, abbia tenuto in primaria considerazione, ai fini di un bilanciamento, il diritto all'assistenza sanitaria (considerando che il sistema sanitario nazionale, in quei giorni, era messo a dura prova dall'entità della domanda, a fronte della scarsa offerta di strutture e risorse umane e materiali), nonché il diritto alla salute di tutti coloro che gravitano nelle aule giudiziarie (avvocati, imputati, magistrati, personale amministrativo, testimoni). Il *tertium comparationis*, quindi, dev'essere necessariamente un'altra posizione soggettiva di vantaggio, quale potrebbe essere il diritto alla ragionevole durata del processo, valido tanto per l'imputato che per le persone offese e ritenuto comprimibile mediante una norma generale e proporzionata.

Non è detto che la Corte abbia considerato bilanciabile e, di conseguenza, derogabile il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole<sup>14</sup>. Una soluzione del genere, infatti, non sarebbe comprensibile, considerando che il principio di irretroattività della legge penale (sfavorevole) non è un diritto, ma una norma fondante e caratterizzante del sistema penale. Tale corollario del principio di legalità costituisce una garanzia insuperabile per il destinatario di una sanzione volta alla reintegrazione sociale<sup>15</sup>.

---

zione - dal momento che possono avere delle caratteristiche molto diverse gli uni dagli altri -; in ogni caso, appaiono differenziarsi per la loro portata fondante: «Sono norme che, agli occhi di chi parla, rivestono una speciale "importanza", ovvero appaiono come norme "caratterizzanti" dell'ordinamento o di una sua parte. Per questa ragione e in questo senso si usa accompagnare il sostantivo "principio" con l'aggettivo "fondamentale"». Nonostante ciò, anche i principi possono entrare in conflitto tra loro, cosa che non è risolvibile secondo gli ordinari criteri di soluzione delle antinomie normative (gerarchico, temporale e di specialità), dovendo piuttosto procedere ad un bilanciamento in concreto degli stessi. Ciò vuol dire che vi possono essere dei casi in cui un principio venga sacrificato in favore di un altro principio ritenuto prevalente. Lo stesso illustre Autore afferma che il bilanciamento dei principi in conflitto è un'operazione complessa che porta a soluzioni che l'interprete è chiamato a valutare caso per caso.

<sup>14</sup> Per una prima impressione contraria G.L. GATTA, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: una prima discutibile decisione della Cassazione e due nuove ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 6 luglio 2020, nel quale si legge: «La Cassazione sembra avere invece optato per una terza via: ha ritenuto in via di principio applicabile l'art. 25, co. 2 Cost., in ragione della natura "sostanziale" dell'istituto della prescrizione del reato, salvo ritenere che nel caso di specie la disposizione costituzionale sia derogabile (...) come ho già avuto modo di osservare in un precedente contributo pubblicato su questa Rivista - e come nota il Tribunale di Crotone, nella parte finale dell'ordinanza qui allegata -, una via d'uscita dall'impasse rappresentato dall'affermata natura sostanziale della prescrizione del reato, che preclude l'applicazione retroattiva della relativa disciplina, non può essere individuata invocando una deroga al principio di irretroattività, sorretta da pur ragionevoli motivi di emergenza sanitaria».

<sup>15</sup> Sull'art. 25 co. 2 Cost. si veda, in particolare, F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 co. 2 e 3, in Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1981, 269 ss. Sul punto, tra le molteplici affermazioni giurisprudenziali sul tema, si condivide il riferimento di G.L. GATTA, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione*, cit., che richiama quanto espresso da Corte cost., n.

Tale carattere di inderogabilità del principio di irretroattività della legge penale emerge chiaramente dalla gerarchia delle fonti. L'art. 25 co.2 Cost., infatti, prevede che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso. Trattasi di una norma che non potrebbe essere modificata da un atto avente forza di legge ordinaria. Ne consegue che un'affermazione di principio della Corte di Cassazione che si discosti da tali premesse giuridiche certe non sarebbe comprensibile o condivisibile.

Il principio di irretroattività della legge penale è, poi, confermato e specificato dall'art. 2 co. 1 c.p., in base al quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Attesa la natura pacificamente sostanziale delle norme in materia di prescrizione, appare inevitabile che tale principio fondamentale si applichi anche alle norme in materia di estinzione del reato per decorso del tempo.

Il sistema penale ha, poi, previsto e disciplinato l'ipotesi di intervento di leggi eccezionali e temporanee: l'art. 14 delle Preleggi, equiparando la legge penale e le leggi eccezionali, afferma che esse non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati; l'art. 2 co. 5 c.p., nell'ambito della disciplina della successione di leggi penali nel tempo, prevede l'ipotesi di intervento di leggi eccezionali e temporanee, affermando, non a caso, che esse sono sottratte ai principi di non ultrattività della legge penale, e di retroattività della *lex mitior* (salvi i limiti del giudicato), proprio per consentire loro di trovare un'effettiva applicazione; in ogni caso, l'art. 2 co. 5 c.p. esclude che anche le leggi temporanee ed eccezionali possano sottrarsi al principio fondamentale di irretroattività della legge penale.

Se queste sono le premesse, occorre comprendere come la Corte abbia potuto ritenere che la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83 d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni possa trovare applicazione anche laddove l'illecito penale sia già stato consumato.

L'unica notizia che si ha a disposizione è che, secondo la Corte, la sospensione della prescrizione in esame non ha compromesso il rispetto del principio di irretroattività della legge penale. Volendo dare rilievo alle poche righe a disposizione, oggetto del giudizio di ragionevolezza e proporzione, allora, non sembra la sospensione in sé, ma la sua durata. Si comprende, quindi, che è su questo specifico aspetto che, secondo la Cassazione, ha agito il giudizio di bilanciamento operato dal legislatore.

Se queste sono le premesse, è ben possibile che la Terza sezione abbia recepito lo spunto interpretativo desumibile da alcune delle citate ordinanze dei Tribunali di merito (in particolare dalle citate ordinanze del Tribunale di Roma e di Crotone), secondo cui l'art. 159 c.p. effettua un rinvio c.d. mobile a tutti i casi di sospensione del processo previsti dalla legge, anche quelli previsti con una norma successiva alla commissione del fatto. In altri termini, la previsione generica in base alla quale «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge, oltre che nei casi» tassativamente previsti dall'arti-

32/2020, secondo cui il principio di irretroattività *in malam partem* è inderogabile, in quanto «è un fondamentale e irrinunciabile principio di civiltà del diritto che “erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo”».

colo in questione, poiché vigente al momento della consumazione del reato, sarebbe sufficiente per ritenere predeterminate le ipotesi di sospensione della prescrizione. La formula di cui all'art. 159 c.p., quindi, garantirebbe la prevedibilità della norma penale da parte dell'autore del fatto, essendo egli messo in condizioni di comprendere che il termine di prescrizione potrebbe essere sospeso qualora, per qualsiasi motivo, il legislatore ritenga di dover sospendere il processo<sup>16</sup>.

Una prima lettura della vicenda in esame consente di individuare i seguenti argomenti a sostegno dell'una e dell'altra posizione possibile.

Sebbene il tempo necessario a prescrivere un reato sia previsto specificamente dal legislatore all'art. 157 c.p. ed il decorso di tale termine sia previsto specificamente dall'art. 158 c.p., l'imputato non ha la certezza della durata massima della prescrizione del reato (come invece avviene per la durata massima delle misure cautelari ai sensi degli artt. 303, 308 e 304 c.p.p.), dal momento che è indeterminabile il numero e la durata delle sospensioni del termine di prescrizione che si verificheranno nel corso del processo. In altri termini, il termine di prescrizione nasce di per sé definito nel minimo, indeterminato nel massimo e strettamente dipendente da una serie imprevedibile e imponderabile di "accidentalia processus"<sup>17</sup>. È questo, forse, l'argomento che maggiormente potrebbe convincere della legalità di un'ipotesi di sospensione del processo prevista come mera eventualità al momento della commissione del fatto e verificatasi come accidente concreto durante la celebrazione del processo. In tal senso, quindi, si potrebbe considerare che l'emergenza sanitaria sia un fattore esogeno al pari del legittimo impedimento dell'imputato o del suo difensore; si consideri, a tal proposito, che qualora non fosse intervenuta la sospensione dell'attività giudiziaria con un atto avente forza di legge, l'astensione indetta dall'Organismo congressuale forense avrebbe comportato la qualificazione dell'emergenza sanitaria proprio come

<sup>16</sup> Il Tribunale di Roma arriva a tale affermazione di principio asserendo che, sebbene la prescrizione abbia natura sostanziale e, come tale, sia assoggettata alle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 Cost., la sospensione della prescrizione, al contrario, avrebbe di fatto una natura processuale, come testimoniato dall'applicazione delle riforme all'art. 159 c.p. anche a fatti commessi prima della loro entrata in vigore. Diversamente, si sottolinea che a tale conclusione si arriva a prescindere dalla natura, sostanziale o processuale, della disciplina relativa alla prescrizione del reato, v. G.L. GATTA, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione*, cit.; Id., "Lockdown" della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 4 maggio 2020, ove l'Autore, citando i termini del dibattito dottrinale sul punto e richiamando i principi espressi da giurisprudenza nazionale e straniera, ritiene che la legittimità costituzionale della norma in questione derivi dall'esclusione della garanzia dell'irretroattività della legge penale ex art. 25 co. 2 Cost. «in materia di modifiche *in peius* del regime della prescrizione del reato, intervenute prima che il relativo termine sia maturato».

<sup>17</sup> Si pensi, ad esempio, a tutti i casi in cui la sospensione del termine di prescrizione di reati procedibili a querela di parte avviene su richiesta della difesa dell'imputato e della parte civile per la pendenza di trattative di bonario componimento delle questioni civilistiche; al fatto che, in caso di astensione del difensore, la sospensione della prescrizione opera dal giorno dell'astensione al giorno del rinvio successivo che, per esigenze di ruolo, potrebbe essere molto lontano nel tempo; al fatto che, sebbene sia prevista una sospensione della prescrizione per soli 60 giorni successivi alla cessazione dell'impedimento, non è possibile prevedere la durata ed il numero dei legittimi impedimenti dell'imputato e del suo difensore. Si tratta di tutti casi che, a ben vedere, comportano una significativa compromissione dell'efficacia integratrice della pena, poiché potrebbero comportare un considerevole aumento del termine di estinzione del reato per decorso del tempo.

un impedimento legittimo del difensore e del suo assistito. Si dovrebbe poter affermare, quindi, che l'intervento del d.l. n. 18/2020, come modificato dalle successive modifiche e leggi di conversione, non sia stato altro che una specificazione di una previsione già implicita e predeterminata nell'art. 159 c.p.

Occorre, poi, considerare quanto già rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza citate nel presente commento, cioè che l'applicazione delle norme in materia di sospensione del termine di prescrizione sembra prescindere dal momento di consumazione del fatto di reato. È questo il caso della sospensione del processo dovuta all'irreperibilità di fatto del soggetto che non può essere considerato assente, prevista dalla l. n. 67/2014, la cui applicazione dipende dalla norma di diritto intertemporale di cui all'art. 15-*bis* aggiunto dalla l. n. 118/2014 (secondo un meccanismo tipico delle norme di tipo processuale), nonché della sospensione del processo per messa alla prova prevista sempre dalla l. 28 aprile 2014, n.67, che viene considerata applicabile anche ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore<sup>18</sup>.

Nonostante ciò, non si può ignorare che la prescrizione resta pacificamente un istituto di carattere sostanziale, come tale soggetto alle garanzie del diritto penale, *in primis* al principio di irretroattività ex art. 25 co. 2 Cost.

Partendo da tale affermazione di principio, diviene difficile comprendere i motivi per cui una norma che regoli il suo funzionamento, come l'art. 159 c.p., dovrebbe essere esclusa dall'ambito di operatività di tale principio.

Non a caso, nessuno potrebbe dubitare dell'inapplicabilità retroattiva della riforma in materia di prescrizione entrata in vigore il 1° gennaio 2020 prevista dalla l. n. 3/2019, che prevede l'imprescrittibilità dei reati dopo il primo grado, ma che è comunque configurata come ipotesi di sospensione della prescrizione ex art. 159 c.p.

Per poter prendere posizione all'interno di tale complesso dibattito, occorre una ponderata riflessione sulle implicazioni dommatiche e politico-criminali che l'affermazione della legittimità costituzionale della sospensione del termine di prescrizione (operata ex art. 83 d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni) comporterebbe sull'istituto sostanziale della prescrizione, un approfondimento sulle più recenti riforme in termini di prescrizione (considerando che esse hanno operato proprio sull'art. 159 c.p. creando casi *sui generis* di sospensione del termine di prescrizione), nonché una riflessione comparativa sulla successione nel tempo delle norme penali integrate da una fonte secondaria e sulla legittimità costituzionale dell'art. 83 d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni in ordine alla sospensione dei termini delle misure cautelari ex artt. 303 e 308 c.p.p. Sono tutte riflessioni che non sono possibili in questa sede e che ci si riserva di affrontare in successivi approfondimenti del tema, attendendo le motivazioni della decisione del 2 luglio 2020 della Terza Sezione della Cassazione, nonché la decisione della Corte costituzionale sulle questioni sollevate dai Tribunali di Siena, Spoleto, Crotone e Roma.

---

<sup>18</sup> Si consideri, però, che tale ultima norma potrebbe comunque essere considerata una norma successiva più favorevole, se è vero che, per interpretazione unanime dell'art. 2 c.p., la c.d. *lex mitior* tra quelle che si succedono nel tempo dev'essere valutata in concreto.



# RICOGNIZIONE E BREVI CONSIDERAZIONI IN MATERIA DI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA PROVA INDIRETTA NEL GIUDIZIO CAUTELARE

Corte di cassazione, Sez. II, sentenza 07.01.2020, n. 209  
Presidente – Cammino M., Relatore Borsellino M.D. – P. Molino P.M.: (conf.).

**Giovanni Passalacqua**

## MASSIMA

Nella fase cautelare, si richiede non la prova piena del reato contestato (secondo i criteri di cui all'art. 192 c.p.p.) ma solo la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Pertanto ai fini dell'adozione di una misura cautelare è sufficiente qualunque elemento probatorio idoneo a fondare un giudizio di qualificata probabilità sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitatigli e gli indizi non devono essere valutati secondo gli stessi criteri richiesti per il giudizio di merito dall'art. 192 c.p.p., comma 2, come si desume dall'art. 273 c.p.p., comma 1-bis, che richiama l'art. 192 citato, commi 3 e 4, ma non il comma 2 dello stesso articolo.

**Sommario:** **1.** La fattispecie oggetto della sentenza Sez. II, 07.01.2020, n. 209. – **2.** La gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p. ed i contrapposti orientamenti in punto di valutazione della prova indiretta. – **3.** I principi evincibili dalla sentenza n. 11 emessa dalle Sezioni Unite in data del 21.4.1995, ric. Costantino e dalla sentenza n. 36267 emessa dalle Sezioni Unite in data 30/05/2006, ric. Spennato. – **3.1.** La sentenza *Costantino*. – **3.2.** Le successive normative di rilievo. – **3.3.** La sentenza *Spennato*. – **4.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

*Traendo spunto dalla disamina della sentenza del 07.01.2020 n. 209 della Suprema Corte di Cassazione, l'Autore affronta la problematica relativa alla valutazione della prova indiziaria o indiretta nell'ambito del procedimento cautelare personale, dando conto del contrasto giurisprudenziale che si registra al riguardo. All'esito della disamina l'Autore concluderà proponendo proprie brevi considerazioni sulla problematica di interesse.*

*Starting from the statement delivered on 07.01.2020 nr. 209 by the Supreme Court of Cassation, the The Author aims to explain the valuation of the circumstantial evidence in personal precautionary procedure, and acknowledges the different ways in judging it.*

*At the end, the Author briefly advances his own opinion about the matter.*

## 1. Fattispecie oggetto della sentenza Sez. II, 07.01.2020, n. 209.

La Corte di Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi su un ricorso proposto dall'indagato avverso un provvedimento del Tribunale della Liberà di Catania, che aveva confermato la sua custodia in carcere, in quanto accusato di concorso in falso ideologico con riferimento ad una cospicua donazione di immobili costituiti da beni appartenenti al demanio, di cui si era invece dichiarato proprietario in virtù di usucapione.

Dopo aver posto il principio di cui alla massima come criterio di giudizio, La Corte ha affermato che nella fattispecie il Tribunale territoriale si fosse pronunciato in maniera adeguata, logica e priva di irragionevolezza e, dopo aver velocemente ripercorso, elencandoli, i capisaldi dell'impianto motivazionale e le ragioni poste a base del provvedimento di conferma della restrizione, ha dichiarato inammissibile il ricorso.

La sentenza in disamina offre l'occasione per proporre alcune note di riflessione sulla problematica relativa al *quantum* di prova necessaria e sufficiente per la valida emanazione di una misura cautelare ed ai criteri di giudizio che debbono guidare l'interprete a soppesare quel materiale; l'analisi si soffermerà in particolare sui criteri di valutazione - nell'ambito del procedimento cautelare - **della prova indiretta**, quella cioè che consente di pervenire al fatto ignoto attraverso un percorso logico inferenziale esercitato su elementi e circostanze note.

La questione, in ragione della materia coinvolta, appare di obiettivo interesse ed attualità anche perché, nonostante sul tema si riscontrino risalenti ed autorevoli arresti giurisprudenziali (a far data dalla nota sentenza delle S.U. del 21.4.1995, n. 11, ric. Costantino), continua a registrarsi ed anzi ad acuirsi una aperta e dichiarata contrapposizione tra due orientamenti<sup>1</sup>.

## 2. La gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p. ed i contrapposti orientamenti in punto di valutazione della prova indiretta.

È principio pacificamente accolto e condiviso quello per il quale, in tanto una misura restrittiva può trovare legittimazione, in quanto il compendio degli elementi

---

<sup>1</sup> Solo per riferirci alle più recenti pronunce che rendono esplicita la propria posizione, cfr. Cass. Sez. II, ud. 11.12.2019 (dep. 2020) n.1990, successiva al pronunciamento in disamina, che dichiara di condividere «...*Il maggioritario indirizzo giurisprudenziale*»; mentre sul versante opposto afferma Cass. Sez. V, 26/11/2018, n. 55410: «*Non si ignora l'esistenza dell'orientamento interpretativo secondo il quale la previsione di cui all'art. 192 c.p.p., comma 2, in quanto non richiamata dall'art. 273 c.p.p., comma 1 bis, non trova applicazione in tema di misure cautelari personali [...]Questo Collegio, tuttavia, condivide l'orientamento interpretativo secondo il quale il mancato richiamo del citato art. 192 c.p.p., comma 2, non è significativo [...]*»; afferma altresì Cass. Sez. IV, 18.7.2013, n. 31448: «*In thema, ritiene questo collegio (pur consapevole dell'esistenza di contrasti interpretativi sul punto) di dover richiamare l'insegnamento di questa corte di legittimità in relazione al tema del rapporto tra il canone di valutazione probatoria di cui all'art. 192 c.p.p., comma 2, e la valutazione da condurre con riguardo alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza previsto dall'art. 273 c.p.p.[...] ..., per valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, in caso di presenza di prove indirette, appare indispensabile il ricorso anche al canone posto dall'art. 192 c.p.p., comma 2, laddove prevede che gli indizi devono essere plurimi, precisi e concordanti ....*».

a carico sia idoneo – allo stato degli atti – a consentire una prognosi di *qualificata probabilità di colpevolezza* dell'indagato in ordine ai fatti addebitatigli, secondo la formula coniata dalla storica sentenza n. 11 emessa dalle Sezioni Unite Penali nel 1995, ricorrente Costantino, cit.

La locuzione “*gravi indizi di colpevolezza*” di cui all'art. 273 c.p.p. evoca dunque il riferimento a qualunque elemento probatorio, di natura diretta o indiretta, utile ad effettuare quel giudizio probabilistico di responsabilità.

Come già anticipato, tuttavia, il punto di divergenza che si registra tra gli interpreti attiene allo spessore di attitudine dimostrativa che la provvista probatoria acquisita deve rivelare alla luce dei criteri che debbono presiederne il vaglio.

In sintesi, premesso che l'art. 273 c.p.p. richiede a fini cautelari l'esistenza di una piattaforma costituita da elementi dimostrativi – definiti atecnicamente indiziari – che raggiunga una soglia quantomeno di gravità, il contrasto si registra in ordine al fatto se, ai fini del giudizio e con riferimento ad una prova indiretta, si potrà ricorrere allo statuto proprio della prova critica di cui all'art. 192, comma 2, c.p.p., che richiede una particolare qualificazione degli indizi, oppure se, data la fase incidentale ed il tenore letterale della norma di cui all'art. 273 c.p.p., la qualificata probabilità di colpevolezza possa essere rinvenibile a prescindere dal raggiungimento della pienezza probatoria (pur sempre tipica e limitata alla peculiarità della fase incidentale) ricavabile dai criteri dell'art. 192 c.p.p.

**2.1.** La sentenza in esame si iscrive in questo secondo orientamento<sup>2</sup> (che trova richiamo nella citata sentenza Cass., S.U. del 21.4.1995, n. 11 cit), allo stato da ritenersi maggioritario.

Esso colloca a base delle proprie ragioni sia il riferimento alla natura dell'elemento “probatorio” indicato dalla norma, sia il tenore letterale di essa.

Quanto al primo argomento, si sostiene che l'espressione “*gravi indizi di colpevolezza*” di cui all'art. 273 c.p.p. evochi il riferimento a qualunque elemento probatorio (e, quindi, di qualunque natura, diretta o indiretta), idoneo a fondare un giudizio (più correttamente una prognosi) di qualificata probabilità di responsabilità dell'indagato in ordine ai reati che – seppure provvisoriamente – gli vengono addebitati; l'esistenza di un compendio di elementi adeguatamente significativo nell'ottica della suddetta prognosi, consentirebbe quindi l'emissione di una misura cautelare<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Tra le quali e più recenti troviamo, oltre alla già citata Cass. Sez. II, ud. 11.12.2019, n.1990 cit., anche Cass. Sez. IV, 10.10.2019, n. 43689; Cass. Sez. IV, 23.05.2019, n. 27498/2019; Cass. Sez. IV, 14.03.2019, n. 17247/2019 e tutte facenti riferimento – anche e tra le altre – a Cass. Sez. IV, 24/01/2017, n. 6660; Cass. Sez. IV, 03.07.2007, n. 37878/2007 etc.

<sup>3</sup> Si legge in Cass. Sez. IV sentenza del 14.03.2019 n. 17247 cit. «*Sul piano della gravità indiziaria mette conto precisare che in sede cautelare la nozione di “gravi indizi di colpevolezza” di cui all'art. 273 c.p.p. non si attegga allo stesso modo del termine “indizi” inteso quale elemento di prova idoneo a fondare un motivato giudizio finale di colpevolezza, che sta ad indicare la “prova logica o indiretta”, ossia quel fatto certo connotato da particolari caratteristiche (v. art. 192 c.p.p., comma 2), che consente di risalire ad un fatto incerto attraverso massime di comune esperienza. Per l'emissione di una misura cautelare, invece, è sufficiente qualunque elemento probatorio idoneo a fondare un giudizio di qualificata probabilità sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati (provvisoriamente) addebitatigli.*».

Una siffatta accezione del termine *indizi*, ha dunque un significato concettualmente diverso e più esteso (...*qualunque elemento probatorio*) rispetto alla medesima locuzione di *indizio* che si ritrova, invece, lì dove si tratta specificatamente della prova logica o indiretta (prova indiziaria, per come regolata dall'art. 192, comma 2, c.p.p.) e che consente di risalire da una pluralità di fatti noti, certi, gravi, precisi e concordanti al fatto incerto da provare e che può porsi a base di un pieno giudizio finale di colpevolezza<sup>4</sup>.

**2.1.2.** Quanto al secondo argomento, che si pone in scia al primo, si fa leva sul tenore letterale della norma di cui all'art. 273 c.p.p. per come risultante anche a seguito dell'intervento operato dalla L. n. 63 del 2001 (nota come legge istitutiva del giusto processo), affermandosi che «... *nella fase cautelare è ancora sufficiente il requisito della sola gravità (art. 273 c.p.p., comma 1), giacché del citato art. 273, il comma 1 bis (introdotto, appunto, dalla suddetta legge) richiama espressamente i soli commi 3 e 4, ma non dell'art. 192 c.p.p., il comma 2 che prescrive la precisione e la concordanza accanto alla gravità degli indizi: derivandone, quindi, che gli indizi, ai fini delle misure cautelari, non devono essere valutati secondo gli stessi criteri richiesti per il giudizio di merito dall'art. 192 c.p.p., comma 2, e cioè con i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza...*»<sup>5</sup>.

Secondo l'orientamento maggioritario, dunque, ci si riferisce ad un compendio probatorio a spessore dimostrativo ridotto, attesa la fase caratterizzata dalla disamina del *fumus* di delitto e da una prognosi di responsabilità allo stato degli atti, che – stante l'assenza di esplicito riferimento all'art. 192, comma 2, c.p.p. e quindi in ragione di una interpretazione letterale – non dovrà essere criticamente valutato secondo i requisiti tipici della prova indiziaria.

**2.2.** A tale orientamento se ne contrappone un altro<sup>6</sup>, il quale ritiene che laddove la provvista indiziaria cautelare si componga di (elementi di) prova indiretta<sup>7</sup>, rispetto ad essa si debba comunque applicare il canone di cui all'art. 192, comma 2, c.p.p.

---

<sup>4</sup> Così si legge in Cass. Sez. IV del 10/10/2019 n. 43689 cit.: «*Questa Corte di legittimità, ancora di recente ha peraltro ribadito come la nozione di gravi indizi di colpevolezza in sede cautelare non sia omologa a quella che serve a qualificare il quadro indiziario idoneo a fondare il giudizio di colpevolezza finale (sez. 5 n. 36079 del 5.6.2012, Fracassi ed altri, rv. 253511). Al fine dell'adozione della misura cautelare, infatti, è sufficiente l'emersione di qualunque elemento probatorio idoneo a fondare "un giudizio di qualificata probabilità" sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitati. In altri termini, in sede cautelare gli indizi non devono essere valutati secondo gli stessi criteri richiesti, per il giudizio di merito, dall'art. 192 c.p.p., comma 2.*

Ci troviamo quindi nell'ambito della distinzione tra "*indizi probatori*", che danno rilevanza nel nostro ordinamento alla prova logica o indiretta e che conduce attraverso la regola dell'art. 192, comma 2, c.p.p. al giudizio di condanna o di assoluzione e gli "*indizi di colpevolezza*", i quali starebbero ad indicare che ai fini cautelari è sufficiente un giudizio di qualificata probabilità in ordine alla responsabilità dell'imputato.

<sup>5</sup> Così ancora Cass. Pen. Sez. IV n. 17247 del 2019 cit.

<sup>6</sup> Per la completezza degli argomenti rassegnati si segnalano Cass. Sez. V, 26/11/2018, n. 55410 cit., Cass. Sez. I, 8.10.2014, n. 44345/2014; Cass. Sez. IV, 21.06.2012, n. 40061, ma si annoverano tra le più recenti anche Cass. Sez. IV, 18.07.2013, n. 31448; Cass. Sez. IV, 05.04.2016, n. 25239.

<sup>7</sup> Che Cass. Sez. V 26/11/2018 n. 55410/2018 cit. così definisce: «*Va in proposito ricordato che le "prove indirette" devono corrispondere a dati non consistenti in mere ipotesi, congetture o*

**2.2.1.** In particolare, posta ancora la distinzione tra il concetto di *indizi* di cui all'art. 192 c.p.p. e quello proposto nell'art. 273 c.p.p.<sup>8</sup>, si ritiene che il predetto canone costituisca regola che, in maniera generale, vieta l'utilizzo degli indizi, a meno che non siano qualificati dai caratteri ivi indicati: se rispetto ad essi non si rinviene pluralità e concordanza, «*la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi in quanto difettante la certezza del fatto da cui trarre il convincimento*».

Chiarisce infatti questo orientamento che «*la condizione generale per l'emissione di qualsiasi provvedimento cautelare è la sussistenza di gravi indizi che, quantitativamente e qualitativamente valutati nella loro essenza e nella loro coordinazione logica, resistano a interpretazioni alternative e conducano a ritenere in modo altamente probabile, pur senza raggiungere la certezza propria del giudizio di cognizione, che il reato per cui si indaga sia attribuibile all'imputato*» (Cass. Sez. V, 26/11/2018, n. 55410 cit.).

**2.2.2.** Quanto all'argomento costituito dal mancato esplicito richiamo del comma 2 dell'art. 192 nella disposizione dell'art. 273 c.p.p., si afferma che la locuzione *gravi indizi di colpevolezza*, per un verso non può che contemplare comunque la regola di inutilizzabilità che in quella disposizione è implicata e per altro verso, in maniera concomitante, che tale regola costituisce un canone di prudenza nella valutazione della *probabilità di colpevolezza necessaria per esercitare il potere cautelare*.

Quindi non vi sarebbe incompatibilità tra le due norme, in quanto le rispettive disposizioni svolgerebbero ruoli diversi: «*mentre la prima disposizione indica i criteri in base ai quali possa ritenersi acquisito agli atti un fatto a valenza probatoria; le disposizioni dell'art. 273 prevedono, in sede cautelare, dei criteri di valutazione probatoria basati sul canone della "probabilità", in deroga al principio del "al di là di ogni ragionevole dubbio" operativo in sede di giudizio*» ed idonei a commisurare la sussistenza o meno del necessario *quantum* (gravità) di prova nell'ottica prognostica tipica e circoscritta del giudizio cautelare<sup>9</sup>.

*giudizi di verosimiglianza; e devono (ex art. 192 c.p.p., comma 2) essere: gravi, cioè in grado di esprimere elevata probabilità di derivazione dal fatto noto di quello ignoto; precisi, cioè non equivoci; concordanti, cioè convergenti verso l'identico risultato (Sez. 5, n. 4663 del 10/12/2013, Larotondo e altri, Rv. 258721; Sez. 6, Sentenza n. 3882 del 04/11/2011, Annunziata, Rv. 251527)».*

<sup>8</sup> Si legge in Cass. Sez. IV, 21.06.2012, n. 40061/2012 cit. con riferimento al concetto di indizi nell'art. 192 c.p.p. e nell'art. 273 c.p.p.: «*Nel primo caso si tratta dei cd. "indizi probatori" che danno rilevanza nel nostro ordinamento alla prova logica o indiretta. Nel secondo caso si tratta di "indizi di colpevolezza", per significare che ai fini cautelari è sufficiente, per adottare la misura, un giudizio di qualificata probabilità in ordine alla responsabilità dell'imputato (cfr. sul punto Cass. Sez. 2, sentenza n. 18103 del 10/01/2003 Cc. (dep. 16/04/2003), Rv. 224395).*

*La ragione per la quale in sede cautelare viene utilizzato in modo improprio il termine "indizi" va ricercata in una risalente tradizione (cfr. art. 252 del cod. proc. pen. del 1930) e nel fatto che le misure cautelari possono essere adottate sia nella fase delle indagini preliminari che in quella processuale e, pertanto, l'utilizzazione di termini quali "fonti di prova" o "prove" sarebbe stata imprecisa ed insufficiente».*

<sup>9</sup> Afferma Cass. Sez. I, 08.10.2014, n. 44345 cit. che «*...la qualifica di gravità che deve caratterizzare gli indizi di colpevolezza attiene al quantum di prova idoneo ad integrare la condizione minima per l'esercizio, sulla base di un giudizio prognostico di responsabilità, del potere cautelare*» e che «*Il giudizio prognostico in tal senso - ovviamente esteso alle regole per le ipotesi di*

### 3. I principi evincibili dalla sentenza n. 11 emessa dalle Sezioni Unite in data 21.4.1995, ric. Costantino e dalla sentenza n. 36267 emessa dalle Sezioni Unite in data 30.05.2006, ric. Spennato.

Esaurita la sintetica rassegna degli argomenti che sostengono i diversi orientamenti, si ritiene di poter effettuare qualche considerazione sul tema e le brevi considerazioni che seguiranno non hanno certo la pretesa di affrontare *funditus*, e men che meno risolvere, l'annosa problematica di questa materia: costituiscono solamente una occasione di riflessione, in attesa di un pronunciamento che possa affermare qualcosa di ragionevolmente definitivo sull'argomento.

È certo infatti che la contrapposizione si tramandi ormai da lustri, in maniera liberata e conclamata (essendo già recepita nella citata sentenza a Sezioni Unite n. 11/1995 ric. Costantino, che l'aveva a suo tempo risolta dando di fatto avvio all'orientamento che oggi si definisce maggioritario) e per certi aspetti potrebbe destare meraviglia il fatto che la questione non sia stata ancora rimessa al giudizio delle Sezioni Unite, magari ai sensi dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.; la delicatezza della materia in gioco forse lo avrebbe richiesto.

È anche vero, tuttavia, che non è raro riscontrare nel concreto tessuto motivazionale delle sentenze che affrontano questo tema, un richiamo meramente tralaticio di massime, privo di reale argomentare che ne giustifichi la concreta applicazione nella fattispecie in esame; il che, se può rilevare per incrementare a fini statistici un orientamento rispetto ad un altro, certamente non può dirsi che lo corrobora validamente.

Così come, ancora non raramente, in taluni pronunciamenti si rinvengono motivazioni ampie e di valido confronto dialettico con le prospettazioni avanzate dalle parti nel giudizio di merito, tali da superare nei fatti anche le interpretazioni più restrittive della norma, rendendo in questo caso il conflitto più teorico che concreto.

Appare comunque evidente che il prevalere dell'uno o dell'altro orientamento determini sostanziali e decisive differenze in ordine alla modulazione dell'onere motivazionale di una misura restrittiva, con altrettanta estesi e decisivi riflessi in ordine all'ampiezza del perimetro entro cui potrà svolgersi un successivo giudizio di impugnazione: inutile negare che la prevalenza dell'orientamento più "restrittivo" espone l'impugnante ad un maggiorato rischio di vedersi "liquidate" le proprie ragioni. Ad ogni modo, agli anticipati fini di questo scritto, pare utile prendere le mosse dal risaliente arresto delle SS.UU. n. 11 del 21.4.1995 ric. Costantino, per proseguire attraverso una sommaria disamina dell'evoluzione giurisprudenziale più rilevante.

*incertezza e contraddittorietà considerate dal codice di rito all'art. 530, comma 2, e all'art. 533, comma 1, prima parte - è, dunque, indispensabile, pur dovendo essere effettuato non nell'ottica della ricerca di una certezza di responsabilità già raggiunta, ma nella prospettiva della tenuta del quadro indiziario alla luce di possibili successive acquisizioni e all'esito del contraddittorio. I gravi indizi null'altro sono, d'altro canto, che "una prova allo stato degli atti", valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è di norma ancora in itinere. È così soltanto l'aspetto di una possibile evoluzione "dinamica", non la differente intrinseca capacità dimostrativa, a contraddistinguere la valutazione della prova in sede cautelare rispetto alla valutazione nel giudizio di cognizione (Sez. 1<sup>a</sup>, n. 19759, 17/05/2011, Misseri)».*

### 3.1. La sentenza *Costantino*.

In quell'occasione, il tema devoluto concerneva la problematica del *quantum* di prova necessario, affinché una chiamata di correo potesse integrare la gravità indiziaria richiesta a fini cautelari ed in particolare se necessitasse di riscontri esterni idonei a suffragarne l'attendibilità intrinseca ed estrinseca e, in caso positivo, se occorresse che i suddetti riscontri avessero anche carattere individualizzante.

La Corte si esprimeva in senso positivo sul primo quesito ed in senso negativo sul secondo, ma la vicenda costituiva l'occasione per collocare e valutare la questione nel più generale problema dell'individuazione del *quantum* probatorio necessario a fini di restrizione e, quindi, della operatività o meno, in sede cautelare, delle regole generali in tema di valutazione della prova.

Il percorso argomentativo allora seguito si snodava attraverso l'affermazione di diversità di ambito e portata dell'art. 192 c.p.p., inserito nel contesto delle regole probatorie proprie del giudizio finalizzato all'accertamento di responsabilità dell'imputato (e quindi del sicuro accertamento dei fatti), rispetto a quello di cui all'art. 273 c.p.p., norma finalizzata, invece, a regolare la valutazione del compendio indicativo di ragionevole probabilità di colpevolezza nell'ambito di una fase ancora fluida ed in progredire.

In tale ultimo contesto gli indizi cautelari - afferma la Corte in quella sentenza - devono intendersi costituiti «...da quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che - contenendo "in nuce" tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova - non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia, consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo, come già rilevato, una qualificata probabilità di colpevolezza» in tal senso dovendosi quindi interpretare il requisito della gravità indiziaria.

Venendo poi al tema devoluto con riferimento allo specifico elemento indiziario costituito dalla chiamata in correità, da valutarsi secondo i criteri di cui all'art. 273 c.p.p., questa - secondo la sentenza *Costantino* - in tanto avrebbe potuto giustificare l'adozione della misura cautelare e cioè essere indice di *qualificata probabilità di colpevolezza*, in quanto, rispetto ad essa ed alla sua attendibilità, si fosse concluso, con esito positivo, un giudizio in cui «il ruolo dei riscontri estrinseci si specifica come rivolto ad assicurare alla chiamata un rilevante grado di affidabilità così da superare l'alone di sospetto connaturato nella sua provenienza. "In questa prospettiva è sufficiente una conferma "ab extrinseco" della credibilità della chiamata, considerata nel suo complesso, attraverso una serie di riscontri che per numero, precisione e coerenza, siano idonei a confermare quantomeno le modalità obbiettive del fatto descritte dal chiamante, in modo da allontanare, a livello indiziario, il sospetto che costui possa aver mentito».

Viceversa, la stessa pronuncia giungeva a soluzione negativa con riferimento alla ipotizzata necessità del carattere individualizzante dei riscontri, ciò perché, posta la diversità di ambito e portata dell'art. 192 c.p.p. rispetto a quello di cui all'art. 273 c.p.p. «lo stesso ambito applicativo dei primi due commi [dell'art. 192 c.p.p., ndr] deve essere riconosciuto anche al terzo ed al quarto comma, in tema di chiamata in reità o correità, posto che queste ultime norme sono state inserite nel medesimo articolo,

subito dopo la disciplina sugli indizi» e non vi sarebbero argomenti testuali contrari a tale interpretazione.

Ergo, secondo quelle Sezioni Unite e quindi sulla base di una interpretazione eminentemente letterale, il disposto di questi due commi (al pari dell'intero canone previsto dall'art. 192 c.p.p.) non sarebbe applicabile alle indagini preliminari ed in particolare alle misure cautelari, con la conseguenza che, lì dove concorrano la attendibilità della chiamata e l'assenza di elementi che la contraddicano in punto di specifico coinvolgimento del chiamato nel fatto, non sarebbe indispensabile un riscontro individualizzante, ritenendosi sufficiente la conferma delle sole «modalità obiettive del fatto descritte dal chiamante» e distinguendosi così la valenza di una chiamata idonea a legittimare l'adozione di un provvedimento cautelare, da quella idonea a fondare l'affermazione di colpevolezza<sup>10</sup>.

### 3.2. Le successive normative di rilievo.

Come noto, successivamente a questo pronunciamento sono intervenute significative novità normative.

In primo luogo la L. 8 agosto 1995 n. 335, che ha introdotto importanti modifiche agli art. 291 e 292 c.p.p., prevedendo in capo al Giudice un pregnante obbligo di indicazione e valutazione dei fatti indiziari, da raffrontare – a pena di nullità del provvedimento – con quelli introdotti dalla difesa.

Successivamente è stata varata la L. n. 63 del 2001 (*Disposizioni in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione dell'art. 111 Costituzione*), che, oltre a regolamentare il diritto al pieno contraddittorio, ha investito anche la materia cautelare, significativamente introducendo anche l'art. 273, comma 1 bis, c.p.p., il quale espressamente dispone che «Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195 comma 7, 203 e 271 comma 1».

L'intervenuta modifica, in uno al permanere di oscillazioni in giurisprudenza e dottrina, ha quindi determinato la riproposizione dinanzi le Sezioni Unite della specifica questione già in precedenza decisa in senso negativo e cioè «se, ai fini della gravità indiziaria richiesta dall'art. 273 c.p.c., commi 1 e 1-bis, la chiamata in correità ritenuta intrinsecamente attendibile debba essere confermata da riscontri individualizzanti».

---

<sup>10</sup> Si legge in sentenza: «In questa prospettiva è sufficiente una conferma "ab extrinseco" della credibilità della chiamata, considerata nel suo complesso, attraverso una serie di riscontri che per numero, precisione e coerenza, siano idonei a confermare quantomeno le modalità obiettive del fatto descritte dal chiamante, in modo da allontanare, a livello indiziario, il sospetto che costui possa aver mentito.

Ne consegue che, non è invece indispensabile che i riscontri riguardino in modo specifico la posizione soggettiva del chiamato, poiché l'assenza di questo ulteriore requisito – nell'ipotesi in cui non risultino elementi contrari al coinvolgimento di costui – non esclude, di per sé, anche per la naturale incompletezza delle indagini, l'attendibilità complessiva della chiamata, una volta che la stessa sia stata accertata sia sotto profilo intrinseco, sia – nei termini anzidetti – sotto quello estrinseco».



### 3.3. La sentenza Spennato.

La decisione, cristallizzata nella sentenza emessa dalle Sezioni Unite del 30/05/2006 n. 36267, ric. Spennato, ripensando il precedente arresto, è pervenuta all'affermazione per la quale siffatta dichiarazione può costituire indizio di colpevolezza che legittima la misura cautelare se, oltre ad essere attendibile, sia anche validata da riscontri esterni individualizzanti, tali da consentire una prognosi di elevata probabilità di colpevolezza del chiamato, secondo il giudizio proprio di questa fase incidentale.<sup>11</sup>

Ma a prescindere dalla soluzione consegnata con riferimento allo specifico devolutum, la sentenza ha colto l'occasione per fare il punto sulla natura e pregnanza del *giusto processo cautelare* (così testualmente in motivazione), definendolo «[...]epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe segnate da interventi del legislatore, di questa Suprema Corte e del Giudice delle leggi, **ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice, e ricercare una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri-guida**» (il grassetto è nostro).

In particolare, si legge ancora, **la ratio della L. n. 63 del 2001**<sup>12</sup> (in uno ai provvedimenti che l'hanno preceduta) «è essenzialmente diretta ad assicurare, nel superamento di incertezze interpretative legittimate dal tenore letterale della pregressa normativa, **una tendenziale anticipazione alla fase delle indagini, terreno elettivo - nella più parte dei casi - delle decisioni de libertate, delle regole in tema di valutazione e di utilizzazione della prova, proprie del giudizio di cognizione, anche per quanto concerne l'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza idonei a legittimare, ex art. 273 c.p.p., le misure cautelari personali.**

Nella fase delle indagini preliminari, invero, convivono due distinte categorie di attività, quella diretta alla ricerca e alla raccolta delle conoscenze necessarie per verificare la fondatezza della notizia criminis e quella che sfocia in provvedimenti che comprimono diritti di rilievo costituzionale, qual è quello della libertà.

**Nell'ambito di quest'ultima attività, ferme restando la netta distinzione tra gli indizi cautelari e la prova ai fini del giudizio e, quindi, la diversità di prospettiva in cui gli uni e l'altra si muovono, v'è una chiara "spinta all'omologazione" dei**

<sup>11</sup> Questa la massima della sentenza n. 36267 ric. Spennato cit. «Le dichiarazioni rese dal coindagato o coimputato del medesimo reato o da persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato possono costituire grave indizio di colpevolezza, ex art. 273 c.p.p., commi 1 e 1-bis, soltanto se, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, siano sorrette da riscontri esterni individualizzanti, sì da assumere idoneità dimostrativa in relazione all'attribuzione del fatto-reato al soggetto destinatario della misura, fermo restando che la relativa valutazione, avvenendo nel contesto incidentale del procedimento "de libertate" e, quindi, allo stato degli atti, cioè sulla base di materiale conoscitivo ancora "in itinere", deve essere orientata ad acquisire non la certezza, ma la elevata probabilità di colpevolezza del chiamato».

<sup>12</sup> In altra parte si legge anche: «...la portata innovativa della riforma del 2001, che ha avuto proprio l'intento di superare quelle posizioni giurisprudenziali tralaticciamente stabilizzate sugli approdi della sentenza "Costantino" delle Sezioni Unite».

**parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello del merito»** (il grassetto è nostro).

Talché, dopo aver ribadito l'intima differenza tra il giudizio finalizzato alla condanna (che presuppone la certezza processuale di responsabilità) e quello diretto all'emissione del provvedimento cautelare, fondato su una prognosi di alta probabilità di colpevolezza<sup>13</sup>, alla sentenza *Spennato* è parso coerente e razionale affermare che l'elemento conoscitivo, già dichiarato attendibile, debba anche corroborarsi con riscontri esterni individualizzanti e ciò perché la prognosi, dovendo integrare un qualificata probabilità di colpevolezza, non può che essere subiettivizzata: solo in tal caso la chiamata, inserendosi in un giudizio di conferma dell'ipotesi accusatoria allo stato degli atti, potrà integrare il *quantum* di gravità indiziaria di colpevolezza richiesto dalla normativa cautelare.

Da ultimo si ritiene opportuno sottolineare l'inciso con il quale la sentenza in esame ha affermato che «*Il tenore dell'art. 273 c.p.p., nel testo vigente, non configura un autonomo criterio valutativo da contrapporre a quello indicato nell'art. 192 c.p.p., commi 3 e 4...*» ed anche quello con cui, nel confutare l'indirizzo cd. intermedio vagliato in quell'occasione, la Corte muove ad esso l'appunto di ritenere una «*...distinzione tra prova e indizio cautelare fondata sulla differente capacità dimostrativa*» e che «*continua a contrapporre la portata dell'art. 273 c.p.p., comma 1-bis a quella dell'art. 192 c.p.p., senza peraltro chiarire quali sarebbero i dati normativi che legittimerebbero, ai fini cautelari, l'attenuazione del riscontro esterno alla detta chiamata, posto che difetta una qualunque indicazione in tale senso nella prima disposizione*».

Dal richiamo pedissequo ad interi passaggi argomentativi della sentenza *Spennato*, appare evidente che essa non si sia limitata a semplicemente aggiornare i principi affermati dalla sentenza *Costantino* con riferimento alla chiamata di correo, emendandoli sulla base dell'introduzione dello specifico richiamo operato dall'art. 273 co. 1-bis ai commi 3 e 4 dell'art. 192 c.p.

Al contrario, può dirsi che essa si sia posta esplicitamente a superamento di «*quelle posizioni giurisprudenziali tralaticciamente stabilizzate sugli approdi della sentenza "Costantino" delle Sezioni Unite*» (così testualmente) ed abbia inteso evolvere rispetto alla esclusione della operatività in sede cautelare delle regole generali in tema di valutazione della prova (art. 192 c.p.p., in particolare commi 3 e 4), per come invece affermata dalla medesima sentenza *Costantino* «*sulla base di una interpretazione eminentemente letterale*» (cit.).

Anche e soprattutto attraverso il riferimento alla L. 63/2001, la sentenza in esame ha colto l'occasione per dare conto delle ragioni e delle condizioni di un giusto pro-

<sup>13</sup> Si legge, tra l'altro: «*Diverso è senz'altro nei due accertamenti il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria. In quello posto a base della decisione definitiva sulla regiudicanda, la conclusione è sorretta da un quadro probatorio completo e non suscettibile di ulteriori aggiornamenti o variazioni, con l'effetto che ogni margine d'incertezza resta superato.*

*Nell'accertamento incidentale de libertate, invece, il convincimento giudiziale è esposto al flusso continuo di conoscenze potenzialmente idonee a smentirlo, a prescindere dalla scansione in fasi e gradi del processo "principale". In quest'ultimo caso, la conclusione inferenziale della relativa delibazione è assunta sulla base di dati conoscitivi ancora suscettibili di accrescersi ed evolversi con l'apporto di ulteriori informazioni che stimolano la continua verifica della capacità dell'ipotesi accusatoria di resistere a interpretazioni alternative».*

cesso cautelare, per come ricavabile dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa *medio tempore* intervenuta e che, sempre ai fini della prognosi di qualificata probabilità di colpevolezza, si caratterizza – come sopra testualmente riportato – per una tendenziale assimilazione ed omologazione tra i criteri di giudizio in ambito cautelare e quelli di merito con particolare riferimento, quindi, alle regole di valutazione e di utilizzazione della prova<sup>14</sup>.

La sentenza Spennato, per un verso ribadisce che il quadro di gravità indiziaria a fini cautelari è un concetto differente da quello ricavabile dall'art. 192 c.p.p.<sup>15</sup>, essendo costituito da elementi conoscitivi sia di natura rappresentativa che logica, la cui valenza è strumentale alla decisione *de libertate*, che «*rimane delimitato dai confini di questa e non si proietta necessariamente nel diverso e futuro contesto dibattimentale relativo al definitivo giudizio di merito*», ed afferma altresì che il *quantum* di “prova” può dirsi idoneo ad integrare la condizione per l'esercizio del potere cautelare, allorquando in tale quadro trovi conferma, allo stato degli atti, l'ipotesi accusatoria: ciò ovviamente a prescindere dagli effetti, non ancora apprezzabili, eventualmente connessi alla dinamica della prova nella successiva evoluzione processuale.

Ma, per altro verso, allorquando si pone il problema delle regole da seguire in sede di apprezzamento della gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p., non sembra affatto – ad avviso di chi scrive – escludere il ricorso al canone generale di valutazione della prova indiretta di cui all'art. 192 c.p.p., per quanto lo specifico devoluto, in quell'occasione, si limitasse ai commi 3 e 4 dello stesso articolo.

Anzi, proprio il riferimento alla necessità del riscontro individualizzante (regolato dai predetti due commi) rispetto alla specifica fonte costituita dalla chiamata di correo, pare confermare l'assoluta legittimità del ricorso al più generale criterio di valutazione della prova indiretta anche nella fase incidentale.

<sup>14</sup> D'altra parte il tendenziale accostamento di tali criteri nelle varie fasi del procedimento sembra trovare riscontro nei sopravvenuti provvedimenti normativi, che imponendo oneri motivazionali rafforzati, impegnano il Giudice della cautela in un giudizio prognostico sempre più rigoroso e circostanziato.

<sup>15</sup> Si legge: «*Certo, non deve essere disconosciuta la differenza tra il giudizio preordinato alla pronuncia di condanna, che presuppone l'acquisizione della certezza processuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato, e la deliberazione funzionale all'esercizio del potere cautelare, che implica un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza.*

*Diverso è senz'altro nei due accertamenti il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria.*

*In quello posto a base della decisione definitiva sulla regiudicanda, la conclusione è sorretta da un quadro probatorio completo e non suscettibile di ulteriori aggiornamenti o variazioni, con l'effetto che ogni margine d'incertezza resta superato.*

*Nell'accertamento incidentale de liberiate, invece, il convincimento giudiziale è esposto al flusso continuo di conoscenze potenzialmente idonee a smentirlo, a prescindere dalla scansione in fasi e gradi del processo “principale”. In quest'ultimo caso, la conclusione inferenziale della relativa deliberazione è assunta sulla base di dati conoscitivi ancora suscettibili di accrescersi ed evolversi con l'apporto di ulteriori informazioni che stimolano la continua verifica della capacità dell'ipotesi accusatoria di resistere a interpretazioni alternative».*

#### 4. Considerazioni conclusive.

Tornando quindi a riprendere il più circoscritto tema di interesse e cioè quello dei criteri di valutazione degli elementi di prova indiretta nell'ambito del giudizio cautelare, si può provare a trarre qualche conclusione.

Premesso che la nozione di *indizio* contenuto nell'art. 273 c.p.p. deve intendersi in accezione atecnica (contemplando sia le prove dirette che le indirette, e ciò fermo restando il fatto che legislatore non definisce l'indizio, né lo classifica), in primo luogo si osserva che i principi espressi da SS.UU. ric. *Spennato* non solo non appaiono superati, ma si manifestano come di assoluta ed attuale vigenza, *giusta* provvedimenti che richiamano esplicitamente la *ratio* e lo strumentario attuativo di un giusto processo cautelare<sup>16</sup>.

D'altra parte è solo il caso di ricordare che gli interventi normativi successivi a tale arresto (*id est*, ad esempio, la l. 16 aprile 2015 n. 47), hanno viepiù incrementato l'onere giustificativo della misura cautelare, sia in punto di gravità indiziaria sia in punto di esigenze cautelari ed ancora una volta nel solco del più ampio confronto dialettico rispetto ad elementi che resistono l'ipotesi accusatoria.

La qualificata probabilità di colpevolezza, che sola giustifica la legittimità della restrizione nell'ambito del giusto processo cautelare, non potrà quindi che essere divisata se non all'esito di una ponderazione degli elementi indiziari che venga operata secondo criteri e categorie che tendano ad omologarsi rispetto a quelli propri del giudizio definitivo di merito.

Se è vero che il giudizio cautelare non può e non deve costituire una anticipazione del giudizio conclusivo (ciò che quindi giustifica la diversa finalità della disamina del

---

<sup>16</sup> Si veda anche di recente Cass. Sez. V, 03/03/2020, n. 11957, la quale nell'affermare il principio per cui «L'art.273, comma 2, cod. proc. pen., laddove inibisce l'applicazione di ogni tipo di misura cautelare se risulta che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di non punibilità, non richiede che la sussistenza della causa stessa debba essere provata con certezza, ma semplicemente che esista un elevato o rilevante grado di probabilità che il fatto sia stato compiuto in presenza di essa», effettua un percorso che prende l'avvio dal richiamo alla sentenza *Spennato*, in particolare nella parte in cui si sottolinea la sfumatura tra le tradizionali differenze intercorrenti tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice e ricerca una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri-guida, ribadendo altresì il principio del carattere eccezionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, che onera il giudice una maggiore incisività argomentativa nel giustificare la misura cautelare, essendo obbligato ad indicare gli elementi di fatto da cui sono desunti gli indizi, i motivi per i quali essi assumono rilevanza, quelli per i quali si rivelano inconsistenti gli elementi forniti dalla difesa. Giunge poi la sentenza in esame ad affermare il principio di cui in massima operando - tra l'altro - un raffronto tra il primo ed il secondo comma dell'art. 273 e ritenendo come appaia incongruo ed irrazionale il consentirne una discrasia applicativa là dove, mentre in base al primo comma è richiesto che i gravi elementi indiziari si sostanzino in elementi idonei a fornire una *consistente e ragionevole probabilità di colpevolezza* dell'indagato, da intendersi nel senso che per l'adozione della misura cautelare è sufficiente l'esistenza di elementi dai quali sia possibile desumere con "elevato o rilevante grado di possibilità" la colpevolezza dell'indagato, (secondo il criterio della "*qualificata probabilità*"), viceversa in relazione alle cause di giustificazione, impeditive della emissione del provvedimento coercitivo, sarebbe necessario dimostrarne la sussistenza in termini di certezza.

compendio provvisoriamente acquisito rispetto a quello definitivamente acquisito), è anche vero che non vi è alcuna ragione che consenta una diversità di criteri di valutazione sul materiale probatorio disponibile.

In altri termini: una prova indiretta è tale sia in fase di indagine che in sede dibattimentale, a prescindere dalla finalità della sua valutazione: ed il fatto che la sostanza deve essere previamente accertato e provato nella sua esistenza e nella sua funzione indicativa con le regole che legittimamente lo consentono.

Pare allora che solo questa interpretazione si ponga come collimante con quanto affermato dalla sentenza Spennato in termini di coerenza rispetto alle caratteristiche di approssimazione ed omologazione tra i criteri di (giusto) giudizio cautelare (finalizzati a fornire quel necessario *quantum* di prova di qualificata probabilità di colpevolezza, che sola legittima una restrizione) e quelli tipici di un giudizio di merito relativi alla piena colpevolezza dell'imputato (il riferimento, in particolare, è all'affermazione in base alla quale quel pronunciamento rileva una «*spinta all'omologazione dei parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello del merito*»).

Diversamente opinando – ed in violazione dei principi affermati a partire dalla sentenza Spennato – si consentirebbe la restrizione di un soggetto in assenza di elementi plurimi e certi, precisi (seppure nei limiti di un confronto – ai sensi dell'art 292 c.p.p. – confinato all'attualità delle emergenze, rispetto ad elementi di segno contrario che resistano ragionevolmente l'ipotesi accusatoria) e convergenti (per come coordinati a seguito di valutazione logico/critica), che diano effettivamente conto di una seria prognosi di colpevolezza, lì dove invece la sentenza dovrà necessariamente basarsi su queste caratteristiche qualificanti della prova indiretta ai fini del definitivo giudizio.

Ma ricordiamo anche, ed ancor prima, che il vaglio che già il primo giudice della cautela deve operare, attiene all'esistenza del fatto ed all'attribuzione dello stesso all'indagato, dovendosi dare conto del perché «*sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa*» (art. 292 co. 2 lett. c-bis, c.p.p.); ciò che si traduce in un vero e proprio giudizio – all'attualità – sia sull'esistenza di un fatto che della colpevolezza (in termini di altra probabilità) dell'indagato, in assenza di ragionevoli alternative<sup>17</sup>.

A fronte di un simile impegno prognostico da operarsi secondo i criteri e la *ratio* anticipati già da Cass. SS. UU. Spennato, davvero non pare ragionevole escludere il ricorso allo statuto di valutazione della prova indiretta stabilito nell'art. 192 c.p.p., in particolare al secondo comma: ricorso che giusta quanto sopra affermato, non pare affatto escluso dal tenore complessivo di quella motivazione.

Ed anzi sembra ulteriormente confortarci su questa linea, anche quanto afferma la giurisprudenza con riferimento ad una fonte probatoria che spesso costituisce elemento tipico della provvista indiziaria cautelare: invero si è affermato da tempo, e ribadito anche più di recente, che di fronte a risultanze meramente indiziarie di una

---

<sup>17</sup> Cass. Pen Sez. I n. 44345/2014 cit. (adesiva all'insegnamento della sentenza Spennato) afferma essere necessario che «*gli indizi sui quali deve fondarsi la misura cautelare personale abbiano i requisiti indispensabili ad assicurare la loro tenuta nel giudizio sul merito dell'accusa, non soltanto alla luce delle modifiche della citata norma a seguito della legge sul giusto processo, ma anche sulla base dei principi desumibili dagli artt. 13 e 27 Cost., in ordine alla natura servente della "carcerazione preventiva"*».

captazione, possa e debba ricorrersi ad una valutazione secondo i canoni di cui sopra, anche in ambito cautelare<sup>18</sup>.

Alla luce di quanto precede, pare allora maggiormente persuasivo l'orientamento cd. minoritario (ai cui argomenti, rassegnati in principio del presente intervento, ci si richiama), in quanto, tra l'altro, più aderente ai principi esposti dalla sentenza *Spenato* ed a quanto da essa seguito.

In proposito e conclusivamente, si ritiene utile ricordare quelle che appaiono del tutto condivisibili ulteriori proposizioni argomentative della già menzionata Cass. Sez. V, 26/11/2018, n. 55410 cit., lì dove afferma che «*il mancato richiamo del citato art. 192 c.p.p., comma 2, non è significativo, in quanto il codice di rito, nell'esigere l'esistenza di "gravi indizi di colpevolezza" ai fini dell'adozione di una misura cautelare, non può che riferirsi a tale disposizione che, oltre a codificare una regola di inutilizzabilità, costituisce un canone di prudenza nella valutazione della probabilità di colpevolezza necessaria per esercitare il potere cautelare (si veda in tal senso Sez. 4, n. 40061 del 21/06/2012, Pmt in proc. Tritella, Rv. 25372301). La disposizione in parola, laddove prevede che gli indizi debbano essere plurimi, precisi e concordanti, stabilisce infatti un divieto probatorio di portata generale, eccezionalmente derogato nel caso in cui le prove indirette presentino detti caratteri. Pertanto in assenza di tali requisiti, la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi in quanto difettante la certezza del fatto da cui trarre il convincimento*».

Il principio è chiarissimo: pur essendo ben noto e riconosciuto il fatto che talune fonti probatorie, benché non utilizzabili in sede dibattimentale, possano però trovare un loro utile spazio nell'ambito del procedura incidentale cautelare, secondo la suddetta sentenza ciò non può valere per la prova indiziaria (per la quale vige il generale divieto di utilizzo a fini probatori) se non in presenza dei noti elementi qualificanti gli stessi indizi, e ciò sia in fase cautelare che nel giudizio di merito.

---

<sup>18</sup> Così Cass. Sez. I ud. 7.11.2019 dep.2020, n. 11346, la quale, nell'ambito di un giudizio in materia cautelare personale, ha affermato che «*...Non può, al riguardo, riaffermarsi la regola secondo cui - pur con tutte le necessarie graduazioni determinate dalla verifica dei rapporti fra i loquenti e la persona oggetto delle conversazioni - gli elementi di prova raccolti nel corso delle intercettazioni di conversazioni alle quali non abbia partecipato l'imputato costituiscono fonte di prova diretta soggetta al generale criterio valutativo del libero convincimento razionalmente motivato, previsto dall'art. 192, comma 1, cod. proc. pen., senza che sia necessario reperire dati di riscontro esterno, ai sensi dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., fermo restando che, qualora però tali elementi abbiano natura intrinsecamente indiziaria, essi dovranno possedere i requisiti di gravità, precisione e concordanza in conformità del disposto dell'art. 192, comma 2, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263714; fra le altre, Sez. 1, n. 41111 del 08/01/2018, Gallico, n. m. sul punto; Sez. 5, n. 42981 del 28/06/2016, Modica, Rv. 268042)*». Sempre sul punto afferma Cass Pen sez. VI, 11/10/2018 n. 51503 cit., dopo aver richiamato i principi qui esposti, che «*Qualora gli elementi posti a base del giudizio di gravità indiziaria siano tratti dal contenuto delle intercettazioni, i Giudici della cautela sono tenuti a dare conto dell'univocità e della chiarezza dei dialoghi monitorati - nel qual caso non sono necessari riscontri alle relative emergenze - ovvero a rilevare la non inequivocità delle interlocuzioni e, soltanto in tale caso, ad indicare specifici elementi esterni a conferma, così da supportare logicamente l'approdo ermeneutico raggiunto ovvero la deduzione sostanziante i fatti da provare*».

Tale affermazione trova autorevole anticipazione ancora nella sentenza Spennato, lì dove – come già detto – la stessa sottolinea la «*spinta all'“omologazione” dei parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello del merito*»).

Ovviamente, ricorda la sentenza n. 55410/2018 cit., è onere della difesa offrire una plausibile ricostruzione alternativa, non potendo essa limitarsi a proporre mere possibili interpretazioni dei fatti, perché solo rispetto ed in confronto con la prima potrà (dovrà) effettuarsi il giudizio di attendibilità della prova indiretta fornita dall'accusa, nella prospettiva della tenuta del quadro indiziario rispetto a possibili successive acquisizioni.

Ma in questa attività il ricorso ai criteri valutativi della prova indiziaria di cui all'art. 192, comma 2 c.p.p., anche ad avviso di chi scrive e per quanto qui esposto, non potrà quindi ritenersi un insormontabile tabù.





## AUTOMATISMI PUNITIVI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE E BEST INTERESTS OF THE CHILD

Corte cost., 6 maggio 2020 (dep. 29 maggio 2020), n. 102

**Jacopo Burato**

**Sommario:** **1.** Un chiarimento preliminare. – **2.** Le censure della Corte costituzionale. – **3.** Il giudice più adatto all'accertamento del migliore interesse del minore. – **4.** Considerazioni finali sui vigenti automatismi punitivi in materia di responsabilità genitoriale.

### ABSTRACT

*La Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di un automatismo punitivo in tema di responsabilità genitoriale con il principio del “migliore interesse del minore”. Il contributo analizza la dichiarazione di incostituzionalità dell'automatica applicazione della pena accessoria prevista dal terzo comma dell'art. 574-bis c.p., e sulla scorta delle argomentazioni offerte dalla sentenza esaminata prospetta ulteriori possibili questioni di legittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori concernenti la responsabilità genitoriale ancora presenti nell'ordinamento penale italiano.*

*One again, the (Italian) Constitutional Court was requested to rule on the compatibility of a punitive automatism in matters of parental responsibility with the principle “The best interests of the child”. The paper analyzes the declaration of unconstitutionality concerning the automatic application of the ancillary penalty provided for in the third paragraph of Article 574-bis of the Italian Penal Code. Moreover, based on the arguments offered by the sentence, it envisages further possible questions of constitutional legitimacy deriving from the automatic punishment mechanisms of parental responsibility, which are still present in the Italian penal system.*

## 1. Un chiarimento preliminare.

Con la pronuncia in epigrafe<sup>1</sup>, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 574-*bis*, terzo comma, del codice penale, «nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale»<sup>2</sup>.

Prima di entrare nel cuore delle motivazioni del Giudice delle Leggi, appare opportuno un chiarimento sul contesto giurisprudenziale in cui la sentenza è stata pronunciata e sulla sua esatta collocazione all'interno del medesimo.

Se si pone attenzione ai repertori di giurisprudenza costituzionale, ne risulta, per anni, una certa timidezza della Consulta nel sindacato in ambito penale. Negli ultimi tempi, però, l'approccio della Corte è sensibilmente mutato, dovendosi registrare un'incisività che, in punto di ragionevolezza della reazione sanzionatoria, è andata progressivamente emancipandosi dall'intervento sostitutivo “*a rime obbligate*”<sup>3</sup>, e, complessivamente, ha mostrato «un maggior rigore nel controllo di legittimità, quasi

---

<sup>1</sup> Segnaliamo tra i primi commenti alla sentenza P. PITTARO, *La sospensione della responsabilità genitoriale come pena accessoria: incostituzionale se automatica*, in *Fam. dir.*, 10/2020, 898 ss.; R. RUSSO, *Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale: incostituzionale l'automatica applicazione della pena accessoria (nota a Corte Costituzionale 29 maggio 2020, n. 102)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 giugno 2020; G. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in *www.sistemapenale.it*, 1° giugno 2020.

<sup>2</sup> Ulteriori questioni sono state dichiarate inammissibili. In particolare, segnaliamo qui le questioni di legittimità costituzionale concernenti l'art. 34, comma 2, c.p., sospettato di incostituzionalità per l'automatica sospensione della responsabilità genitoriale in caso di delitto commesso con abuso della stessa - com'è qualificabile il reato di sottrazione internazionale di minore - e per la predeterminazione della durata della medesima misura accessoria, pari al doppio della pena principale irrogata. Tale sistema sanzionatorio è stato portato all'attenzione della Consulta per sospettato contrasto con l'esigenza di una necessaria valutazione del migliore interesse del minore nel caso concreto e con il principio di proporzionalità della sanzione penale. L'inammissibilità è stata ritenuta, sotto il profilo dell'*an* della pena, in virtù dell'inapplicabilità dell'art. 34 c.p. nel processo *a quo*, essendo *lex generalis* rispetto all'art. 574-*bis*, comma 3, c.p. (*lex specialis*); il *quantum* della misura inflitta, invece, non è stato oggetto di ricorso per cassazione.

<sup>3</sup> Ciò è avvenuto quantomeno a partire dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2016, in *www.cortecostituzionale.it*. In riferimento a tale sentenza, v. i commenti di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2017, 61 ss.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2017, 48 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2017, 473 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 1/2017, 176 ss.

a contraltare delle lacerazioni – sempre più frequenti – inferte da leggi incalzate ed approvate, ormai, “a furor di popolo”»<sup>4</sup>.

Particolarmente significative, in questo rinnovato contesto costituzionale, sono, ad esempio, le note pronunce n. 222 del 2018<sup>5</sup> e n. 40 del 2019<sup>6</sup>, in materia, rispettivamente, di pene fisse e minimi edittali manifestamente sproporzionati e pertanto in contrasto con gli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost. La sentenza qui commentata, invece, non può iscriversi in questo diverso e più ampio interventismo in materia di pena, rappresentando, più semplicemente, un ulteriore sviluppo, che pur ha profili di sicuro pregio, di quell’opera di bonifica del sistema penale dagli automatismi punitivi concernenti la responsabilità genitoriale inaugurata con la decisione n. 31 del 2012<sup>7</sup> e poi proseguita con la sentenza n. 7 del 2013<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> V. MANES e F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, in Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2020, 24. Gli Autori fanno presente come diverse siano «le pronunce con cui la Corte costituzionale, di recente, ha impresso una evoluzione significativa alla propria giurisprudenza, e molte quelle che hanno affrontato – anche in materia penale – temi tradizionali in modo innovativo, promuovendo un deciso innalzamento nella tutela di principi e valori che contrassegnano il “volto costituzionale” del sistema penale, e un maggior rigore nel controllo di legittimità, quasi a contraltare delle lacerazioni – sempre più frequenti – inferte da leggi incalzate ed approvate, ormai, “a furor di popolo”».

<sup>5</sup> Corte cost., sent. n. 222 del 2018, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, 10 dicembre 2018. È proprio con tale pronuncia che la Corte costituzionale, sviluppando quanto già ritenuto dalla sentenza n. 236 del 2016, supera inequivocabilmente il meccanismo di intervento “a rime obbligate”.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 40 del 2019, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in *Dir. pen. cont.*, con nota di C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, 18 marzo 2019.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 31 del 2012, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). In merito a tale pronuncia, segnaliamo i commenti di S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l’applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2012, 597 ss.; G. LEO, *Illegittimo l’automatismo nell’applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2012; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull’art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1/2012, 377 ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1585 ss.; M.A. FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 8-9/2012, 1873 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4909 ss.; M. FINOCCHIARO, *Il giudice deve avere la possibilità di valutare sull’interesse del minore nel caso concreto*, in *Guida dir.*, 15/2012, 73 ss.; D. CHICCO, *Se protegge un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l’automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Fam. e dir.*, 5/2012, 443 ss.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 7 del 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), a commento della quale segnaliamo V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull’art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 1/2013, 176 ss.; S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2013, 554 ss. E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. n. 7 del 2013*, in *Cass. pen.*, 4/2013, 1466 ss.

Difatti, in linea con le due pronunce appena indicate, le cui argomentazioni esprimono l'esigenza che, in conformità a un principio sovranazionale e costituzionale, ogni provvedimento riguardante un minore tenga conto, caso per caso, del suo migliore interesse<sup>9</sup>, la sentenza in commento ha dichiarato illegittimo il meccanismo sanzionatorio impugnato perché contrastante con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, interpretati alla luce del diritto comunitario e internazionale in materia di protezione del fanciullo<sup>10</sup>. Conseguentemente è stato ritenuto assorbito l'ulteriore aspetto in riferimento al quale era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, ossia la violazione del principio di proporzionalità della pena<sup>11</sup>.

Quanto sopra non intende minimamente smussare gli entusiasmi per una pronuncia che, per la materia trattata, per le argomentazioni addotte e per importanti spunti di riflessione in essa contenuti risulta degna di approfondita attenzione, tra l'altro stimolo per ulteriori possibili questioni di legittimità costituzionale. Si è voluto fin da subito precisare, però, che, sebbene consista in una declaratoria di illegittimità in merito all'*an* di una pena accessoria, la sentenza in commento non può iscriversi in quella svolta interventista della Corte costituzionale, dovendosi invece spiegare – come già le due precedenti decisioni sopra menzionate – «alla luce dello spessore e del peso del controinteresse compromesso dall'automatismo legale»<sup>12</sup>, ossia il “migliore interesse del minore”.

---

<sup>9</sup> Ricordiamo che la Corte costituzionale, con l'ord. n. 723 del 1988, già si era pronunciata sulla perdita automatica della responsabilità (all'epoca “potestà”) genitoriale prevista dall'art. 569 c.p. in caso di condanna del genitore per il delitto di soppressione di stato. In quella sede, la Consulta, con una sensibilità evidentemente diversa e con un diritto sovranazionale ancora debole in materia di tutela del minore, si era espressa nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 30 Cost.

<sup>10</sup> La pronuncia in commento, a differenza della sent. n. 7 del 2013, utilizza le fonti internazionali e comunitarie presenti in materia solo come strumento interpretativo delle garanzie costituzionali e non come parametro interposto rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. Il giudice *a quo* ha infatti invocato come parametro costituzionale l'art. 10, in relazione alla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, e la Corte ha dovuto pertanto dichiarare, sotto questo profilo, inammissibile la questione sollevata, non riferendosi tale norma al diritto internazionale pattizio (v. § 3.2). Per un elenco dei testi sovranazionali generalmente citati (non solo nella sentenza in commento), v. nota 19.

<sup>11</sup> Il giudice rimettente, sul presupposto che le «pene accessorie hanno una funzione orientata alla prevenzione speciale che risulta compatibile con l'art. 27, comma 3, Cost., a condizione che esse non siano sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato [...] o, comunque, non scollegate da tale disvalore», sospettava l'illegittimità del meccanismo sanzionatorio in esame perché contrastante proprio «con il menzionato art. 27 Cost. – per il quale le pene devono tendere alla rieducazione del condannato – nei casi in cui il delitto ex art. 574-bis cod. pen. sia stato motivato dalla finalità di preservare il figlio da pregiudizi che potrebbero essergli arrecati dall'altro genitore; infatti, in tale situazione il condannato non potrebbe ricavare una rieducazione dalla sospensione della sua potestà genitoriale» (Cass., sez. VI, ord. del 21 giugno 2019, iscritta al n. 209 del registro ordinanze 2019 e pubblicata in *G.U.* 1<sup>a</sup> Serie Speciale - Corte costituzionale n. 48 del 27 novembre 2019, § 7).

<sup>12</sup> V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, Cost.)*, cit., 4. Secondo l'Autore, le due pronunce n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013 non potevano ritenersi espressione di un “nuovo interventismo” della Corte costituzionale in materia di ragionevolezza della pena, essendo spiegabili alla luce del peso e dello spessore del controinteresse compromesso dall'automatismo punitivo,

## 2. Le censure della Corte costituzionale.

Il *decisum* della Consulta sul terzo comma dell'art. 574-*bis* c.p. non era del tutto scontato. Non mancava, infatti, dottrina che, valorizzando il sintagma “in danno<sup>13</sup> del figlio minore” contenuto nel testo della disposizione attenzionata, propendeva per una declaratoria di infondatezza della questione sollevata, essendo la sanzione accessoria in questione ancorata a un concreto pregiudizio cagionato dal soggetto agente al proprio figlio<sup>14</sup>.

Diverso il ragionamento della Corte costituzionale. A differenza dei delitti di alterazione e soppressione di stato (attenzionati nelle pronunce n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013), il reato di sottrazione internazionale di minore è stato considerato di «*elevata gravità*»<sup>15</sup> (§ 5.1) e «*intrinsecamente offensivo*»<sup>16</sup> (§ 5.2) non solo dell'interesse dell'altro genitore al rapporto con il proprio figlio, ma anche del diritto del minore al mantenimento di quelle relazioni familiari per lui essenziali ai fini di un'armoniosa crescita, anche nel caso di un suo eventuale e legittimo consenso al trasferimento o al trattenimento all'estero<sup>17</sup>.

L'intrinseca offensività del reato in esame non giustificerebbe, però, «l'automatica applicazione della pena accessoria in questione in caso di condanna a pena non sospesa» (§ 5.2). A nostro parere, infatti, il cuore della censura di incostituzionalità risiede nell'impossibilità di negare al giudice di merito il potere di accertare se, nel caso concreto e al momento del giudizio, la pena in questione sia conforme a quei *best interests of the child*<sup>18</sup> di fondamentale rilievo nei testi sovranazionali<sup>19</sup> e nella Carta

---

ossia il “superiore interesse del minore”.

<sup>13</sup> [corsivo nostro]

<sup>14</sup> V. BONFANTI, *Aspetti penali*, in *La sottrazione internazionale di minori*, a cura di CAGNAZZO, Bari, 2019, 237. L'Autrice parla di «chiarezza semantica» del terzo comma dell'articolo 574-*bis* c.p.

<sup>15</sup> [corsivo nostro]

<sup>16</sup> [corsivo nostro]

<sup>17</sup> In realtà, subito dopo, la stessa Corte precisa che, sebbene ogni valutazione spetti sempre all'autorità giudiziaria all'esito di un'accurata istruttoria, possono comunque esserci, al di là delle ipotesi in cui ricorra lo stato di necessità, situazioni di aspra conflittualità, fonte di pericolo per il minore, in cui il genitore agisce, semmai, proprio per la tutela del figlio.

<sup>18</sup> Per un'approfondita ricostruzione del principio, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016. Sulla rilevanza del concetto in ambito internazionale e sulle sue diverse declinazioni, v. N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it), 29 maggio 2014. In merito al progressivo sviluppo del concetto *best interests of the child* in seno alla giurisprudenza della Corte EDU, v. anche M. WOLFF, *Coming of Age? - The Principle of “The Best Interests of the Child”*, in [2003] *E.H.R.L.R.*, 2, 205 ss. Per un'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sul principio dei *best interests of the child*, v. J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia, La Corte di Strasburgo*, 1/2019, 413 ss. Esprime considerazioni critiche sul concetto di *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte EDU F. VENTURI, *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminatezza*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 3/2017, 6 s.

<sup>19</sup> I testi sovranazionali generalmente richiamati sono la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959, la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (art. 3), la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24), le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa

costituzionale (artt. 2, 30, 31). Ciò vale – è questo il punto – anche laddove il genitore, con la sua condotta, abbia cagionato un *danno* al proprio figlio.

La Consulta, approfondendo quanto già ritenuto con le sentenze n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013, si è rivelata consapevole che il minore stringe con il genitore un rapporto fondamentale per il suo sviluppo e di quanto in taluni casi pregiudizievole possa essere una decisione che, a distanza di anni dal fatto, sospenda la responsabilità genitoriale, anche nell'ipotesi in cui il genitore abbia in maniera più o meno grave offeso gli interessi del minore<sup>20</sup>.

Il problema maggiore, ad avviso della Corte, risiedeva «*nella cecità di questa conseguenza [la pena accessoria impugnata] – concepita in chiave sanzionatoria dal legislatore – rispetto all'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra il figlio minore e il genitore autore del reato medesimo*»<sup>21</sup> (§ 5.3.2). Se l'obiettivo deve essere la soluzione ottimale per il minore, al quale è riconosciuto il diritto di mantenere relazioni con entrambi i genitori<sup>22</sup>, questa non può che essere ricercata avuto riguardo alle circostanze del caso concreto nel momento in cui la misura deve essere applicata. Tali circostanze, ha specificato la Corte, «*ben potrebbero, infatti, aver evidenziato come il mantenimento del rapporto con il genitore autore della sottrazione o trattamento all'estero non risulti pregiudizievole per il minore, e anzi corrisponda a un suo preciso interesse, che lo Stato avrebbe allora il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale*»<sup>23</sup> (§ 5.3.2).

In presenza di un impianto normativo che, con un contesto criminologico oltretutto assai variegato in punto di gravità<sup>24</sup>, effettivamente precludeva al magistrato la possibilità di vagliare, *case-by-case*, se la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale fosse effettivamente la soluzione migliore per il minore, inevitabile per la Corte era allora una dichiarazione di incostituzionalità del meccanismo punitivo

---

su una "giustizia a misura di minore" del 17 novembre 2020, l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v. Grande Camera, sentenza 6 luglio 2010, Neulinger e Shuruk contro Svizzera).

<sup>20</sup> Degno di nota è il rilevato contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost., investendo la sanzione anche una persona diversa dal colpevole. Precisa la Corte come ciò avvenga *de iure* e non solo *de facto*, come può invece accadere con altre pene.

<sup>21</sup> [corsivo nostro]

<sup>22</sup> Si rinvia ai riferimenti normativi e giurisprudenziali sovranazionali contenuti nella sentenza in commento (v. § 4.2). Nell'ordinamento costituzionale italiano, il diritto trova riconoscimento tanto nell'art. 30, che nella parte in cui sancisce il dovere dei genitori di educare i figli «non può che presupporre il [...] diritto del minore a essere educato da entrambi i genitori» (§ 4.2), quanto nell'art. 2, in quanto diritto inviolabile dell'uomo che la Repubblica riconosce e garantisce «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». A livello di legislazione ordinaria, invece, il diritto in questione trova oggi tutela negli articoli 315-*bis* e 337-*ter* c.c.

<sup>23</sup> [corsivo nostro]

<sup>24</sup> La Consulta si è mostrata consapevole che la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 574-*bis* c.p. è diversa, in punto di gravità, da quella del secondo comma, caratterizzata dal consenso del minore che abbia compiuto quattordici anni alla condotta del genitore autore della sottrazione o del trattenimento. Oltretutto, anche all'interno delle ipotesi previste dal primo comma – ha precisato la Consulta – la casistica può essere variegata, essendo possibile che la condotta delittuosa venga posta in essere dal genitore in contesti di elevata conflittualità familiare.

impugnato<sup>25</sup>. Ad esso è subentrata una discrezionalità per il giudice che potremmo definire “*positiva*”, in quanto è richiesto, in sede di cognizione, un espresso pronunciamento per l'applicazione della sanzione. Trattasi di ipotesi opposta a quella discrezionalità “*negativa*” prevista dall'art. 32, comma 3, c.p., il cui esercizio è invece indispensabile per *escludere* l'applicazione di una pena accessoria (la sospensione della responsabilità genitoriale durante l'esecuzione della pena) che altrimenti consegue *ope legis*.

In conclusione, con riguardo all'*an*, sarà necessario che il giudice esprima la propria decisione in merito all'applicazione, nel caso concreto, della misura in questione; in riferimento al *quantum*, invece, continuerà a operare il meccanismo di cui all'art. 34, comma 2, c.p. e la pena accessoria avrà pertanto una durata pari al doppio della pena principale irrogata<sup>26</sup>.

### 3. Il giudice più adatto all'accertamento del migliore interesse del minore.

Chiedersi, a questo punto, come in via di *obiter* ha fatto la Corte costituzionale, se il giudice *penale* sia autorità giurisdizionale adatta a valutare il concreto interesse del minore in merito all'applicazione di una misura con effetti diretti sul suo diritto a mantenere relazioni con entrambi i genitori, è un interrogativo che dovrebbe stimolare un'opportuna riflessione non solo del legislatore, ma, prima ancora, dello stesso giudice del processo penale<sup>27</sup>. Quest'ultimo, infatti, privo di competenze socio-psicopedagogiche, si ritrova a operare in un campo che non gli è proprio, con il serio rischio di soluzioni inopportune specialmente in quei contesti relazionali di non agevole valutazione.

La questione, *de iure condito*, rimane aperta, ma il giudice penale, e il sistema giudiziario nel suo complesso, farebbero bene a non trascurare la raccomandazione della Corte costituzionale a un coordinamento con le autorità giurisdizionali – tribunale per i minorenni o, se del caso, tribunale ordinario civile – già investite della situazione.

Oltretutto, è obbligo internazionale l'ascolto del minore dotato di sufficiente discernimento, cui si accompagna il dovere di tenere in considerazione la sua opinione in tutte le vicende che lo riguardano<sup>28</sup>. Sul punto, tanto in ambito civile (art. 336-*bis* c.c.) quanto in ambito penale (art. 498 c.p.p.) vi sono cautele, tra cui fondamentale

<sup>25</sup> Va precisato che la Corte costituzionale ha ritenuto violato, dall'automatismo punitivo in questione, anche l'art. 3 Cost., «che vieta irragionevoli equiparazioni di trattamento di situazioni differenziate» (§ 4.4).

<sup>26</sup> Segnaliamo, però, Trib. Lecce, 12 febbraio 2019 (ud. 11 gennaio 2019), n. 66, in *Plusplus24 Diritto*. La sentenza, una volta applicata la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, ne ha determinato la durata secondo un criterio di equità.

<sup>27</sup> Sul punto, si vedano le interessanti osservazioni di R. Russo, *Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale*, cit.

<sup>28</sup> Art. 12 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, ratificata dal Presidente della Repubblica e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176; artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, ratificata dal Presidente della Repubblica e resa esecutiva con l. 20 marzo 2003, n. 77.

è la possibilità di avvalersi di esperti del settore, per una testimonianza che non sia fonte di pregiudizio.

Per quel che concerne specificatamente il procedimento penale, il codice di rito ripone una particolare fiducia nella figura del giudice e ad esso, infatti, attribuisce il compito di condurre, su domande e contestazioni di parte, l'esame testimoniale del minore, con ciò derogando alle regole ordinarie in materia di *cross examination* (art. 498, comma 4, c.p.p.). Si spera, allora, che perizia sia presente non solo nell'accertamento del reato, ma, altresì, nelle valutazioni in merito alla pena accessoria in esame.

Insomma, *onori* ma anche *oneri* per il giudice penale, specialmente nelle ipotesi in cui vi sia un clima di elevata conflittualità tra l'imputato e l'altro genitore costituitosi parte civile.

#### 4. Considerazioni finali sui vigenti automatismi punitivi in materia di responsabilità genitoriale.

Le considerazioni della Corte costituzionale in merito al reato di sottrazione o trattenimento di minore all'estero consentono di ritenere che neppure da un reato «*intrinsecamente offensivo*»<sup>29</sup> e di «*elevata gravità*»<sup>30</sup>, commesso in pregiudizio del figlio, è possibile presumere, in maniera assoluta, un *immanente* rischio per la sana crescita del minore derivante dal mantenimento, in capo al reo, della responsabilità genitoriale<sup>31</sup>. Invero, non solo la personalità del genitore potrebbe essere mutata successivamente al fatto, ma anche i rapporti tra lo stesso e il figlio al momento del giudizio potrebbero essere tali da evidenziare come la permanenza della responsabilità genitoriale corrisponda proprio a un interesse del minore, «che lo Stato avrebbe [...] il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale» (§ 5.3.2).

Stimoli non trascurabili verso il superamento degli automatismi punitivi in materia di responsabilità genitoriale provengono, altresì, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, anche in riferimento a reati particolarmente offensivi della persona del minore (per es. maltrattamenti), si è mostrata contraria a un sistema sanzionatorio rigido che non tenga conto delle esigenze di tutela emerse nel caso concreto<sup>32</sup>. La disposizione di riferimento è l'art. 8 della CEDU, sul diritto al

---

<sup>29</sup> [corsivo nostro]

<sup>30</sup> [corsivo nostro]

<sup>31</sup> Significativo è il seguente passaggio della sentenza: «non è ragionevole assumere che la sospensione dalla responsabilità genitoriale di chi si sia in passato reso responsabile del delitto di cui all'art. 574-bis cod. pen. costituisca sempre e necessariamente, come pare presupporre il legislatore, la soluzione ottimale per il minore» (§ 5.3).

<sup>32</sup> Particolarmente significativa è Corte EDU, 17 luglio 2012, M.D. and Others v. Malta, ric. n. 64791/10, in *www.echr.coe.int*, a commento della quale v. L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso M.D. and Others v. Malta*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 186 ss. Importante, sul punto, è il passaggio della pronuncia in cui la Corte afferma che «The deprivation of parental rights is a particularly far-reaching measure which deprives a parent of his or her family life with the child and is inconsistent with the aim of reuniting them. Such measures should only be applied in exceptional circumstances and can only be justified if they are motivated by an overriding requirement pertaining to the child's



rispetto della vita privata e familiare. Come noto, trattasi di norma pre-gna di contenuti nell'individuazione dei quali centrale è stata l'attività ermeneutica della stessa Corte EDU<sup>33</sup>.

Pertanto, se il principio che deve ispirare l'ordinamento è la ricerca, caso per caso, della soluzione ottimale per il minore, non può che ritenersi sospetto di incostituzionalità il trattamento sanzionatorio di tutti quei reati ai quali è riconnessa, quale pena accessoria, la decadenza o la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale *senza* la possibilità per il giudice di valutarne la necessità per la tutela del minore stesso<sup>34</sup>.

Tra i delitti che richiederebbero un'accurata riflessione, troviamo, ad esempio, quelli elencati all'art. 609-*nonies* c.p., alla condanna<sup>35</sup> per i quali la norma in questione fa scattare in via automatica la perdita della responsabilità genitoriale quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato<sup>36</sup>. Inevitabilmente il pensiero corre a delitti come quelli di violenza sessuale (609-*bis* c.p.) e di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), per cui è prevista, tra l'altro, a testimonianza di come diversificato sia il sostrato empirico delle fattispecie, la circostanza attenuante del fatto di "minore gravità"<sup>37</sup>. Trattasi di reati riprovevoli che possono dar luogo anche a sanzioni sicuramente non tenui; ciò nonostante, la ricerca del migliore

---

best interests» (§ 76). E con specifico riguardo alla legislazione maltese, «the Court notes that the application of Article 197 is automatic and thus it escapes scrutiny by the domestic courts in relation to whether it is in the best interests of the child to apply such a measure at the date of conviction. Indeed, in circumstances where many Contracting States face considerable backlogs in their overburdened justice systems, leading to excessively long proceedings, it cannot be precluded that the situation relevant to an accused may have changed between the date of the commission of the offence and the date of sentencing» (§ 77). Indubbiamente, le particolarità della legislazione dello Stato coinvolto influiscono molto sul giudizio della Corte EDU; ciò non toglie rilievo, tuttavia, al dato "culturale" espresso dall'autorevole Tribunale, guida dei legislatori degli altri ordinamenti. Sull'effetto "culturale" delle pronunce della Corte EDU, v. R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 21 - Seminario 2010*, Torino, 137.

<sup>33</sup> L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 190.

<sup>34</sup> In questo senso, in riferimento alla pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale, già dopo la sentenza n. 7 del 2013 della Corte costituzionale, anche S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, cit., 560: «è facile prevedere che, tramite ulteriori interventi della Corte costituzionale, la pena accessoria della perdita della potestà dei genitori, ove prevista, verrà corretta nel suo regime applicativo imponendosi di valutare sempre l'interesse del minore».

<sup>35</sup> Alla condanna è equiparata l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

<sup>36</sup> Con riguardo, invece, al reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.), prospetta dubbi di legittimità costituzionale della decadenza automatica dall'esercizio della responsabilità genitoriale A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in *www.giurcost.org*, 17 marzo 2014, 8 ss.

<sup>37</sup> In realtà, non è pacifica l'applicazione della circostanza in questione allorché parte offesa sia il figlio del genitore autore del delitto. Nel senso di una preclusione assoluta, v. Cass., Sez. III, 6 dicembre 2016 (ud. 8 settembre 2016), n. 51895, ric. G +1, in *DeJure*; nel senso, invece, dell'inesistenza di un'astratta incompatibilità, Cass., Sez. III, 7 settembre 2012 (ud. 12 luglio 2012), n. 34236, ric. A., in *DeJure*.

interesse del minore, specialmente se compiuta a distanza di anni dal fatto, potrebbe concludersi con la necessità che in capo al genitore autore del delitto permanga la responsabilità genitoriale<sup>38</sup>.

In conclusione, si resta in attesa che il Legislatore dia accuratamente seguito all'invito della Corte costituzionale a rivedere l'intero sistema delle pene accessorie<sup>39</sup>, prendendo in seria considerazione, per quel che qui ci riguarda, l'idea di estromettere dall'elenco delle sanzioni penali complementari ogni interdizione che incida sulla responsabilità genitoriale<sup>40</sup>. Nel frattempo, non rimane che all'interprete prima, e se del caso, alla Consulta poi, porre attenzione a quegli automatismi punitivi<sup>41</sup> ancora

---

<sup>38</sup> Si veda, però, la considerazione del giudice *a quo* nell'incidente di costituzionalità che ha poi dato luogo alla sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 2012 in materia di alterazione di stato. Si evidenziava, in quella sede, che, a differenza del reato di alterazione di stato, il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p. è «di per sé sintomatico di una generalizzata pericolosità del genitore», con la conseguente legittimità dell'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale comminata (Trib. Milano, ord. del 31 gennaio 2011, iscritta al n. 141 del registro ordinanze 2011 e pubblicata in *G.U.*, 1<sup>a</sup> Serie Speciale - Corte costituzionale n. 28 del 29 giugno 2011).

<sup>39</sup> Corte cost., sent. n. 134 del 2012, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in *Dir. pen. cont.*, con nota di L. VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, 1<sup>o</sup> giugno 2012.

<sup>40</sup> In merito, v. L. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 203 s., che segnala l'opzione abolizionista prospettata nell'ambito del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso. L'Autrice precisa come a un'eventuale eliminazione delle sanzioni penali in materia di responsabilità genitoriale dovrà corrispondere la promozione di una differente strategia di tutela da attuare tramite risorse personali ed istituzionali, nonché strumenti normativi presenti in ambito civile.

<sup>41</sup> In riferimento agli automatismi in materia penitenziaria, ci limitiamo a segnalare, in questa sede, Corte cost., sent. n. 174 del 2018, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), a commento della quale v. E. APRILE, *Osservazioni a C. Cost.*, 23.7.2018, n. 174, in *Cass. pen.*, 11/2018, 3691 s.; L. CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1798 ss.; F. FIORENTIN, *Tutela genitorialità, una "messa a punto" costituzionale*, in *Guid. dir.*, 38/2018, 74 ss.; G. MARRA, *La Corte costituzionale prosegue l'opera di smantellamento delle preclusioni "rigide" all'accesso ai benefici penitenziari*, in *ilPenalista.it*, 22 ottobre 2018; M.C. SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2019, 67 ss.; D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2018, 105 ss.; M. PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). La Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 21-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui, con riferimento alle detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, della medesima legge, non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, a meno che non ricorresse la condotta collaborativa prevista dall'art. 58-*ter* (stessa legge). L'illegittimità è stata accertata per contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., che tutela l'interesse del minore a un rapporto quanto più possibile normale con la propria madre. Al rigido meccanismo impugnato è subentrato il prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza. Pertanto, anche nell'ambito dell'esecuzione della pena, registriamo un'analogia contrarietà della Consulta ad automatismi che non tengano conto della protezione accordata al fanciullo dall'ordinamento internazionale e costituzionale. Le logiche che qui entrano in gioco sono differenti, non essendo possibile parlare

presenti in materia di responsabilità genitoriale e valutarli alla luce del principio dei *best interests of the child*.

propriamente di “*preminenza*” dell’interesse del fanciullo rispetto a esigenze di difesa sociale. Ciò nonostante, è significativo il *vulnus* dovuto a presunzioni assolute cieche ai bisogni del minore in tenera età.



# FELLONI CONTRO ITALIA: CASO ISOLATO O BRECCIA NELLA CULTURA DELL'INAMMISSIBILITÀ?

Corte e.d.u., 6 febbraio 2020, Felloni c. Italia Affaire Felloni c. Italie

**Daniele Livreri**

**Sommario:** 1. Il caso. – 2. La pronuncia della Corte EDU. – 3. Una breccia nel procedimento per inammissibilità innanzi alla Suprema Corte?

## ABSTRACT

*La sentenza in commento, apparentemente di scarso impatto, potrebbe proporre il tema della compatibilità convenzionale della "cultura dell'inammissibilità".*

*The judgment in comment, apparently of little effect, could propose the issue of the CEDU compatibility with the "culture of inadmissability".*

## 1. Il caso.

Nel corso del 2007 il Sig. Felloni veniva fermato durante un controllo stradale e sottoposto ad *alcol test*, con conseguente contestazione del reato di guida in stato di ebbrezza, per il quale nel 2011 riportava condanna. L'allora imputato interponeva appello, chiedendo la riforma della sentenza e, in via gradata, il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, sulla scorta della propria incensuratezza. La Corte di appello confermava integralmente la sentenza del Tribunale. In particolare, il Giudice distrettuale respingeva l'invocata concessione delle circostanze attenuanti generiche, giacché l'assenza di precedenti giudiziari, unico elemento addotto dal ricorrente a sostegno della sua richiesta, non era più – successivamente alla novella del 2008 – un elemento idoneo ad integrarle, né ricorrevano, ad avviso della Corte di appello, altri parametri che potessero essere presi in considerazione a favore dell'imputato per la concessione delle circostanze in parola.

Il Felloni ricorreva allora per cassazione, deducendo, *ex aliis*, l'applicazione retroattiva della legge n. 125 del 2008, che, modificando l'articolo 62-*bis* del c.p., aveva

escluso la possibilità di riconoscere le circostanze attenuanti generiche sulla scorta della sola incensuratezza. La Corte di legittimità, con ordinanza della settima sezione penale, dichiarava inammissibile il ricorso, perché tutti i motivi sollevati dal ricorrente presentavano una differente versione dei fatti e sollevavano questioni di merito.

Il condannato ricorreva alla Corte EDU, adducendo l'omesso esame del motivo di ricorso per cassazione *antea* descritto e quindi la violazione delle norme sull'equo processo, ex art. 6 della CEDU, nonché l'applicazione retroattiva di una legge penale più severa, in violazione dell'art. 7 della convenzione<sup>1</sup>.

## 2. La pronuncia della Corte EDU.

Dopo avere richiamato il quadro normativo di riferimento e la giurisprudenza inerente gli effetti dell'entrata in vigore della legge n. 125 del 2008 sul regime delle circostanze attenuanti generiche<sup>2</sup>, il Giudice sovranazionale esaminava le censure interposte dal Felloni.

Con precipuo riguardo all'invocata violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU<sup>3</sup>, il Giudice di Strasburgo ha ritenuto fondata la doglianza secondo cui la Corte di Cassazione ha ignorato il motivo di ricorso relativo all'applicazione retroattiva della legge n. 125 del 2008, e pertanto il processo non è stato ritenuto equo.

A tal proposito la Corte sovranazionale ha svolto delle brevi premesse in ordine all'obbligo di motivazione di cui è investito un giudice. E invero, sebbene la Corte Edu abbia ribadito che «*i giudici non possono essere tenuti a motivare il rigetto di ogni argomentazione addotta da una parte*»<sup>4</sup>, è altrettanto vero che «*essi non sono tuttavia dispensati dal dover esaminare debitamente i principali motivi di ricorso che quest'ultima deduce e dal rispondervi*»<sup>5</sup>, anzi l'obbligo di motivazione appare partico-

<sup>1</sup> La vicenda è ricostruita secondo quanto riportato nella medesima pronuncia della Corte EDU.

<sup>2</sup> In particolare la Corte di Strasburgo rileva un dissidio giurisprudenziale interno alla Suprema Corte italiana riguardo agli effetti della L. 125 del 2008, richiamando al riguardo Cass. Sez. III, 27.01.2015, n. 7914, in *Diritto e giustizia*, 24 febbraio 2015, secondo cui la novella ha l'effetto di aggravare il trattamento sanzionatorio preesistente, di talché non può essere applicata retroattivamente, nonché Cass. Sez. V, 29.01.2014, n. 4033, in [www.renatodisa.com](http://www.renatodisa.com), in cui la Corte di cassazione ha invece considerato che, anche prima della riforma del 2008, le circostanze attenuanti non potevano essere concesse sulla scorta della *sola* assenza di precedenti penali, in quanto il giudice era già tenuto a prendere in considerazione tutti gli elementi elencati nell'articolo 133 del c.p. .

<sup>3</sup> Ove mai ce ne fosse bisogno si rammenta che, a mente dell'invocata disposizione, «*ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti in causa, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia*».

<sup>4</sup> Cfr. C. eur. dir. Uomo, sentenza 9 dicembre 1994, *Ruiz Torija c. Spagna*.

<sup>5</sup> Cfr. C. eur. dir. Uomo, sentenza 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo*.

larmente stringente nel caso di motivi che attengono a diritti e a libertà garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli, tra cui il principio di non retroattività delle leggi penali<sup>6</sup>. In sintesi, ciò che rileva è che il Giudice «*abbia effettivamente esaminato le questioni essenziali che gli sono state sottoposte*», potendo eventualmente, in caso di impugnazione, richiamare la motivazione altrui.

Ciò posto, il Giudice sovranazionale ha ritenuto che la censura, mossa dal Felloni, di aver patito l'applicazione retroattiva di una legge penale di sfavore, costituisse una censura in diritto, di talché essa doveva ritenersi non esaminata dalla Corte di Cassazione, la quale invece aveva dichiarato inammissibile il ricorso, perché esponeva soltanto motivi in fatto. Ne seguiva la dichiarata violazione della norma sul giusto processo.

Diversamente la Corte ha ritenuto non fondata la dedotta lesione dell'art. 7 della Convenzione<sup>7</sup>.

Ed invero, per quanto per i Giudici di Strasburgo sia indubbio che il Giudice distrettuale avesse «*esaminato la causa del ricorrente sotto il profilo del nuovo testo dell'articolo 62-bis del CP, come modificato dalla legge n. 125 del 2008, che è entrata in vigore dopo la commissione dei fatti*», la legge penale vigente all'epoca dei fatti non prevedeva il riconoscimento automatico di circostanze attenuanti in assenza di precedenti giudiziari della persona condannata e la Corte d'appello «*ha rigettato la domanda di applicazione delle circostanze attenuanti del ricorrente dopo avere proceduto ad un esame complessivo dei criteri indicati dall'articolo 133 del CP e dopo avere condotto una valutazione approfondita del comportamento dell'interessato*».

Val forse la pena di valorizzare che la lesione dei canoni del giusto processo è stata ritenuta pur a fronte di una sostanziale infondatezza del ricorso. Infatti, dall'analisi svolta dalla Corte sovranazionale appare chiaro che il diniego delle circostanze attenuanti generiche era comunque intervenuto, non soltanto sulla scorta della modifica dell'art. 62-bis c.p., ma valutando comunque il complesso degli elementi a disposizione del giudice di merito: pertanto l'eventuale applicazione irretroattiva della novella del 2008 restava in ogni caso irrilevante<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. C. eur. dir. Uomo, sentenza 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, nonché C. eur. dir. Uomo, sentenza 10 maggio 2012, *Magnin c. Francia*.

<sup>7</sup> Ove mai ce ne fosse bisogno, si riporta il testo dell'art. 7 CEDU: «*Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui fu commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta una pena maggiore di quella che sarebbe stata applicata al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non vieterà il giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era ritenuta crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*».

<sup>8</sup> Sul tema si può anche considerare che in altra occasione il Giudice di Strasburgo aveva ritenuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione, per avere il Giudice dell'impugnazione rifiutato di esaminare l'appello del ricorrente, adducendo genericamente che «*era chiaro che (l'impugnazione) non avrebbe avuto successo*» (C. eur. dir. uomo, sentenza 2 ottobre 2014, *Hansen c. Norvegia*).

### 3. Una breccia nel procedimento per inammissibilità innanzi alla suprema corte?

Prima di ascrivere la pronuncia della Corte EDU a un caso isolato, dovuto a una svista della Suprema Corte, è forse opportuno rilevare che la “*dilagante cultura dell'inammissibilità*”<sup>9</sup>, che pare ormai albergare presso il nostro giudice di legittimità, potrebbe offrire il destro per ulteriori pronunce della Corte sovranazionale.

Invero, per quanto i giudici di Strasburgo abbiano riconosciuto che il diritto di accesso ad un giudice, manifestazione del giusto processo<sup>10</sup>, possa subire delle limitazioni<sup>11</sup>, soprattutto per quanto riguarda le condizioni di ricevibilità di un ricorso<sup>12</sup>, queste restrizioni devono risultare proporzionate al fine legittimo perseguito e comunque non giungere al punto tale da ledere nella sua stessa sostanza il diritto di accesso<sup>13</sup>. In tale ottica la Corte EDU ha riconosciuto lesiva del diritto di accesso un'interpretazione restrittiva delle norme in materia di impugnazione<sup>14</sup>.

Orbene, vi è da chiedersi se una percentuale di inammissibilità delle impugnazioni pari ad oltre il 70% dei ricorsi<sup>15</sup> non manifesti ampi margini di denegato accesso ad un giudice. A titolo esemplificativo si pensi alle dichiarazioni di inammissibilità dei ricorsi in forza del principio di autosufficienza delle impugnazioni, ricavato in via esegetica e dai confini tutt'altro che certi, se non addirittura *contra legem*<sup>16</sup>, nonché dagli imprevedibili criteri discretivi tra infondatezza e manifesta infondatezza del ricorso<sup>17</sup>,

<sup>9</sup> La locuzione è utilizzata da MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislativa*, in *Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, a cura dell'Osservatorio Cassazione dell'U.C.P.I.

<sup>10</sup> Tra le più risalenti pronunce in cui venne riconosciuto il diritto di accesso, quale manifestazione del *fair trial*, si vedano C. eur. dir. uomo, sentenza 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, nonché C. eur. dir. uomo, sentenza 25 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*.

<sup>11</sup> In C. eur. dir. uomo, sentenza 15 settembre 2016, *Trevisanato c. Italia* si è rilevato che il diritto di accesso non è un diritto assoluto.

<sup>12</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sentenza 14 marzo 2000, *Khalfaoui c. Francia*.

<sup>13</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sentenza 16 giugno 2015, *Mazzoni c. Italia*. In altra occasione i Giudici sovranazionali hanno ritenuto sproporzionato l'onere imposto dal codice di rito francese al ricorrente, al fine (legittimo) di assicurare l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari, di consegnarsi all'autorità per potere legittimamente ricorrere per cassazione (cfr. C. eur. dir. uomo, sentenza 27 luglio 1998, *Omar c. Francia*). Per un'ampia ricostruzione del diritto di accesso e delle sue limitazioni si veda *Manuale di diritto europeo in tema di accesso alla giustizia*, a cura dell' Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e del Consiglio d'Europa, 2016, liberamente consultabile su internet.

<sup>14</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sentenza 15 dicembre 2011, *Poirot c. Francia*, menzionata in *Manuale di diritto europeo in tema di accesso alla giustizia*, cit.

<sup>15</sup> Cfr. Annuario statistico 2018 della Corte di cassazione, liberamente consultabile sul sito della stessa.

<sup>16</sup> Al riguardo si rimanda a BELTRANI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 11/2018*, in *Il Penalista*, 12 novembre 2018.

<sup>17</sup> Invero tanto le Sezioni Unite Cresci (S.U., 11.11.2000, n.21, in *C.P.*, 1995, 1165, 3296 con nota di MARANDOLA) che Piepoli (S.U., 30.06.1999, n. 15, in *Foro Italiano*, 2/2000) avevano considerato che «... il discrimine tra manifesta infondatezza e (semplice) infondatezza dei motivi è incerto e pone il giudice di fronte a una scelta talvolta opinabile», avvertendo le seconde delle conseguenze di tale opinabilità, «qualora l'inammissibilità per manifesta infondatezza dovesse considerarsi pre-



fattori forse da ascrivere a «*filtri più o meno funzionali*», approntati dalla Suprema Corte, nel tentativo di scongiurare la prescrizione<sup>18</sup>.

Al riguardo si rileva che per la giurisprudenza della Corte europea i presupposti di accesso ad un giudizio devono essere definiti in modo chiaro e prevedibile e il diritto ad un processo equo deve essere interpretato alla luce del principio della certezza della legge (*legal certainty*)<sup>19</sup>.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, il tema della violazione del diritto di accesso nel “caso italiano” si atteggia in modo particolare, giacché una parte rilevante<sup>20</sup> delle inammissibilità dei ricorsi viene dichiarata all’esito di udienze pubbliche e risulta assistito da ampie motivazioni. Diversamente il problema di accesso al giudice pare più grave rispetto alla procedura innanzi alla sezione stralcio. In particolare con riferimento a quest’ultima, sebbene la legge preveda che alle parti interessate sia dato avviso «*della causa di inammissibilità rilevata con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso*»<sup>21</sup>, i Giudici di legittimità hanno rilevato che l’enunciazione delle ragioni di inammissibilità non è volta ad assicurare alcun diritto di intervento dell’imputato, di talché la sua omissione è priva di sanzione<sup>22</sup>. Del pari si rileva che la settima sezione

*clusiva dell’applicazione dell’art. 129 c.p.p.*», per come avvenuto appena l’anno dopo con le note Sezioni Unite De Luca (S.U., 22.11.2000, n.32, in C.P. 2001, 2988 con nota di CIAVOLA).Recentemente la Corte costituzionale ha qualificato come “scivoloso” il crinale della distinzione tra manifesta infondatezza e mera infondatezza dei motivi di ricorso (C.cost, 24.01.2019, n. 25 in www.cortecostituzionale.it).Rilevanti considerazioni in ordine ai margini di incertezza di tale scelta si rinvencono in ROMEO *Allegria di naufragi* in DPC,12 ottobre 2015, che riferisce di «*un uso, nei casi concreti, spesso incontrollabile e qualche volta spregiudicato del potere di qualificazione dei motivi di ricorso come “manifestamente infondati”*».

Un recente tentativo di fissazione dei criteri discretivi tra le due forme di inammissibilità si rinviene in Cass. Sez. II, 12.03.2019, n. 19411, «*anche in considerazione delle sue possibili implicazioni in ordine al rispetto dei principi del processo equo, della presunzione d’innocenza ed, in definitiva, della certezza del diritto, garantiti dall’art. 6 Convenzione EDU, p.p. 1 e 2, oltre che dagli artt. 25,27 e 111 Cost.*». Tuttavia recentemente la medesima Corte è giunta a ritenere l’inammissibilità di un motivo fondato su precedenti della medesima Corte (cfr. Cass. Sez. V, 21.02.2020, n. 7030, in questa rivista con nota di LIVRERI). Per una puntuale ricostruzione dei rapporti tra ruolo della Suprema Corte italiana, declaratoria di inammissibilità e garanzia sovranazionale si rimanda a NICOLICCHIA, *Il caso Vanaria c. Italia davanti alla Corte di Strasburgo: l’inammissibilità del ricorso per cassazione tra garanzie sovranazionali e prospettive de iure condendo*, in C.P., fasc.2, 2017, 894.

<sup>18</sup> MACCHIA, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Quest. giust.*, 2017, 1 ss., liberamente consultabile in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), il quale apertamente afferma che quei filtri hanno condotto ad «*innalzare sensibilmente la ‘soglia’ della ‘manifesta infondatezza’, rendendo quel parametro di apprezzamento dei ricorsi sempre più evanescente e tale da atteggiarsi come una sorta di inespresso potere di destinazione*».

<sup>19</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sentenza 27 luglio 2007, *Jes`ina c. Repubblica Ceca*, su cui si veda PACINI in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2008.

<sup>20</sup> Dai dati pubblicati dall’Ufficio di statistica della Suprema Corte risulta che nel 2016, ultimo anno prima della riforma Orlando sulla cui scorta è stata introdotta la destinazione *de plano* ex art. 610 V co.-bis c.p.p. a cura delle sezioni ordinarie, il 33,2% delle inammissibilità è stato pronunciato dalle sezioni diverse da quella stralcio.

<sup>21</sup> Cfr. art. 610 c.p.p., novellato dalla L. 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>22</sup> Cass. Sez. I, 08.10.2008, n. 39140; Cass. Sez. VI, 9.01.2003, n. 25679, CED. 225862; Cass. Sez. VII, 17.05.2016, n. 28517.

può dichiarare il ricorso inammissibile anche per ragioni diverse da quelle esposte nell'avviso, così frustrando ogni pregresso contraddittorio<sup>23</sup>.

Forse, allora, la Corte EDU potrebbe diventare il teatro su cui si agiteranno le torsioni normative prodotte dalla "cultura dell'inammissibilità".

---

<sup>23</sup> Cass. Sez. VII, 17.05.2016, n. 28517.

# ACCONSENTIRE ALL'ACQUISIZIONE DEGLI ATTI D'INDAGINE NON EQUIVALE AD ACCETTARNE GLI EFFETTI: UN TIMIDO RITORNO ALLA LEGALITÀ PROCESSUALE

Cass, Sez. IV, 16 gennaio 2020 (dep. 5 febbraio 2020), n. 4896

**Francesco Dalaiti**

**Sommario:** 1. La vicenda. – 2. La decisione della Suprema Corte. – 3. Alcune riflessioni di sistema.

## MASSIMA

«La scelta del difensore dell'imputato di acconsentire all'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti di indagine non determina la sanatoria di eventuali nullità degli stessi».

Per la Suprema Corte la scelta della difesa di acconsentire all'acquisizione di taluni atti di indagine al fascicolo del dibattimento, finalizzata unicamente allo snellimento dell'attività processuale, non determina alcuna sanatoria ex art 183 c.p.p. di ipotetiche nullità e non fa venir meno il diritto di eccepirne l'inutilizzabilità.

### 1. La vicenda.

Con la sentenza in commento la Suprema Corte coglie l'occasione per enunciare un importante principio di diritto, volto a garantire la formazione della prova nel contraddittorio delle parti secondo le regole del dibattimento.

Questa, in breve, la vicenda portata all'attenzione della IV Sezione penale della Cassazione.

In un processo per guida in stato di ebbrezza, durante la fase dibattimentale il difensore dell'imputato eccepisce la nullità dell'avviso di accertamento del tasso alcolémico lamentando la violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., poiché gli operatori delle forze dell'ordine intervenuti non avevano dato avviso all'imputato della facoltà di farsi assistere da un difensore prima del compimento dell'atto.

All'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale monocratico condanna l'imputato per il reato di cui all'art. 186 c.d.s., comma 7, con riferimento al comma 2, lett. c). Premesso di essere a conoscenza del conflitto giurisprudenziale in merito alla necessità che sia dato l'avviso del diritto di farsi assistere dal difensore anche in ipotesi di rifiuto

di sottoporsi all'accertamento – avviso che nel caso di specie non risultava essere stato dato all'imputato – il giudice di prime cure ritiene «*di aderire all'orientamento che non lo considera in tale ipotesi necessario*», poiché «*l'avvertimento in parola, prescritto per il compimento delle perquisizioni e degli accertamenti urgenti da parte della polizia giudiziaria dall'art. 114 disp. att. c.p.p., è funzionale alla facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia durante il compimento dell'atto in questione, in quanto atto a sorpresa e non ripetibile, in modo che sia condotto nel rispetto dei diritti della persona sottoposta alle indagini*», e «*poiché, in ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso alcolemico, detto atto non può essere coattivamente eseguito, perde di rilievo l'assistenza del difensore e, a monte, l'avvertimento della facoltà di farsi assistere*».

Adita dalla difesa, la Corte d'appello di Milano conferma la sentenza di primo grado. In particolare – a fronte del motivo di gravame volto a censurare il passaggio motivazionale appena riportato – la Corte territoriale sostiene che «*pur essendosi svolto il giudizio seguendo il rito ordinario e pur avendo la difesa eccepito nei termini di legge l'avvenuta omissione, è necessario evidenziare che la stessa parte appellante, all'udienza del 5 marzo 2018, aveva prestato il consenso all'acquisizione degli atti di indagine, andando quindi ad accettare gli effetti dell'atto originariamente nullo, determinandone per l'effetto una sanatoria ai sensi dell'art. 183 c.p.p., comma 1, lett. a)*».

Propone quindi ricorso per Cassazione il difensore dell'imputato, deducendo la violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., per omesso avviso all'imputato della facoltà di farsi assistere da un difensore prima del compimento dell'atto, nonché per manifesta illogicità della motivazione della Corte d'Appello nella parte poc'anzi riportata.

## 2. La decisione della Suprema Corte.

La Quarta Sezione della Suprema Corte rigetta il ricorso, richiamandosi all'indirizzo giurisprudenziale sposato dal giudice di prime cure, e stando al quale, ove l'automobilista si rifiuti di sottoporsi all'accertamento alcolimetrico dopo essere stato sorpreso alla guida con indici di sospetta ebbrezza, «*non è necessario l'avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore ex art. 114 disp. att. c.p.p.*». Tuttavia, nell'ambito di un'articolata motivazione, la pronuncia in commento riconosce la fondatezza della censura con cui la difesa aveva lamentato l'illogicità motivazionale insita nell'assegnazione di efficacia sanante ex art. 183 c.p.p. al consenso ad acquisire gli atti d'indagine al fascicolo del dibattimento.

Anzitutto, viene ribadito che la violazione dell'obbligo di dare avviso al conducente da sottoporre al prelievo ematico circa la facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia integra un'ipotesi di nullità a regime intermedio, che può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182 c.p.p., comma 2, secondo periodo, fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado<sup>1</sup>.

Pur rifacendosi a tale consolidato orientamento, la Suprema Corte censura l'affermazione della sentenza d'appello laddove sosteneva che «*pur avendo la difesa eccepito nei termini di legge l'avvenuta omissione, è necessario evidenziare che la*

---

<sup>1</sup> In tal senso v. già Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2015, n. 5396, Bianchi, Rv. 263025; Cass. pen., IV Sez., 28 febbraio 2018, n. 24087, Massardi, Rv. 272959.

stessa parte appellante, all'udienza del 5 marzo 2018, aveva prestato il consenso all'acquisizione degli atti di indagine, andando quindi ad accettare gli effetti dell'atto originariamente nullo, determinandone per l'effetto una sanatoria ai sensi dell'art. 183 c.p.p., comma 1, lett. a)». E ciò in quanto il processo si è svolto nelle forme del giudizio ordinario e «la scelta di una o più parti di rinunciare al contraddittorio, in relazione all'acquisizione di singoli mezzi di prova, non ne trasforma certo la natura».

Accogliendo la prospettiva della difesa, la pronuncia afferma, sia pure per inciso, che «l'acquisizione della prova su accordo delle parti è un istituto che risulta pacificamente differente rispetto al giudizio abbreviato. I due istituti infatti sono disomogenei e non assimilabili, dal momento che gli accordi che possono intervenire tra le parti, in ordine alla formazione del fascicolo per il dibattimento, non escludono il diritto di ciascuna di esse ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova secondo l'ordinario ed ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale. La scelta della difesa di acconsentire all'acquisizione degli atti di indagine, finalizzata unicamente allo snellimento dell'attività processuale, non fa venire meno il diritto della parte stessa di eccepire l'inutilizzabilità dell'atto acquisito».

Del resto, si legge in sentenza, «in difetto di richiesta di rito abbreviato, il consenso prestato a far transitare uno o più atti delle indagini preliminari nel fascicolo per il dibattimento e ad utilizzarli ai fini della decisione, non produce alcun effetto premiale in termini di pena».

### 3. Alcune riflessioni di sistema.

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte coglie l'occasione per "fare ordine" circa la distinzione tra la scelta di un rito negoziale e l'acquisizione su accordo delle parti di atti d'indagine nelle forme e nei modi previsti per il rito ordinario.

Ed invero, seppur in un ampio *obiter dictum*, la pronuncia smentisce la decisione cui era giunta la Corte d'Appello ambrosiana, là dove, pur nell'ambito di un processo celebrato nelle forme ordinarie, equiparava – di fatto – l'acquisizione concordata ex art. 431, comma 2, c.p.p. all'istituto disciplinato dall'art. 438, comma 6-bis, c.p.p.: norma che, come noto, facendo discendere dalla scelta del rito abbreviato la sanatoria di tutte le nullità (eccetto quelle assolute), identifica un'ipotesi di acquiescenza *ex lege*, tale da determinare un'accettazione degli effetti dell'atto *per facta concludentia*<sup>2</sup>.

Per la Suprema Corte, invece, «l'acquisizione della prova su accordo delle parti è un istituto che risulta pacificamente differente rispetto al giudizio abbreviato».

Ebbene, il pregio della sentenza in esame sta proprio in questo passaggio, con cui il giudice di legittimità prende le distanze da un'applicazione generalizzata ed esten-

---

<sup>2</sup> In breve, sebbene non risulti *expressis verbis*, la sentenza di secondo grado pare aver trasferito al caso specifico il consolidato orientamento secondo cui «in tema di guida in stato di ebbrezza, la violazione dell'obbligo di dare avviso al conducente da sottoporre al prelievo ematico, effettuato su richiesta della polizia, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio che può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto dell'art. 180 c.p.p. e art. 182 c.p.p., comma 2, fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado ma che deve ritenersi sanata, ai sensi dell'art. 183 c.p.p., qualora l'imputato formuli una richiesta di rito abbreviato» (ex multis, Cass. pen., sez. IV, 04 giugno 2019, n. 45933).

siva di quella «legalità degradata»<sup>3</sup> introdotta con il nuovo art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p. Certo: l'importante e inedito principio di diritto viene solo “sussurrato” dalla pronuncia, con un'affermazione il cui rigore garantistico resta comunque “a costo zero”, poiché privo di ricadute sull'esito decisorio. Tuttavia, la sentenza merita attenzione, anche perché suscita alcune stimolanti riflessioni attorno al comma 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p.

Sebbene non abbia comportato un reale effetto innovativo, consistendo nella semplice codificazione di soluzioni cui era già pervenuta la giurisprudenza maggioritaria<sup>4</sup>, la disposizione ha originato numerose critiche sin dal suo ingresso nell'ordinamento. Il suo innesto, infatti, operato con la “riforma Orlando” del 2017, è espressione di un fenomeno ricorrente negli ultimi anni: sia pure ossequiando formalmente la legge, il legislatore recepisce il diritto pretorio, così, però, inevitabilmente contribuendo al tramonto della legalità<sup>5</sup>. Tali “tecniche” legislative si inseriscono, poi, in un contesto fortemente condizionato dalla giurisprudenza sovranazionale, che aderisce ad un concetto di legalità molto diverso da quello proprio del nostro sistema<sup>6</sup>.

Ciò che però preme sottolineare è che nel panorama brevemente tratteggiato la pronuncia in esame pare mostrare un singolare paradosso.

---

<sup>3</sup> E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, in *Archivio Penale*, Fascicolo n. 2 - Maggio-Agosto 2018 (Web).

<sup>4</sup> Per tutte, Cass. pen., Sez. Un., 26 settembre 2006, n. 39298, Cieslinsky ed altri, in *CED Cass.*, n. 234835 secondo cui «*se l'imputato, ovvero colui che è titolare del diritto di difesa, esercita la facoltà riservatagli di richiedere il giudizio abbreviato, non solo accetta gli effetti dell'atto nullo propedeutico, ma innanzitutto dimostra di non avere interesse all'osservanza della disposizione violata. La richiesta pertanto rende indeducibile l'eccezione*». Come noto, tale importante pronuncia ha portato a compimento il percorso intrapreso da Cass. pen., Sez. un., 21 giugno 2000, Tamaro, *ivi*, n. 216246, esplicitando a chiare lettere quanto *ivi* era rimasto implicito (con riferimento alla non rilevanza e deducibilità, nel rito speciale, delle nullità intermedie e relative).

<sup>5</sup> Sul tema della legalità processuale *ex multis*, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 181 ss. Più di recente, D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. Pen.*, ed. on-line, 2017, n. 2, 1 ss. V. anche P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1265 ss., secondo cui dalla riforma del 2017 «*deriva una profonda crisi del principio di soggezione del giudice alla sola legge, già notevolmente indebolito dalle sentenze costituzionali sul carattere vincolante delle interpretazioni della Corte di Strasburgo. L'asse della legalità si sposta sempre più dalla legge verso la giurisprudenza, mentre si manifesta la tendenza ad attribuire alla Cassazione e, in particolare, alle Sezioni unite poteri di interpretazione vincolante. Non è una buona soluzione. Nell'assetto di una magistratura reclutata per concorso e politicamente irresponsabile la tutela della legalità deve restare affidata in primis al carattere precettivo della legge*».

<sup>6</sup> V., ad esempio, Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, secondo cui la prevedibilità della decisione giudiziaria può ricavarsi anche dal diritto di matrice giurisprudenziale; in dottrina, A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016, secondo cui «*la Corte Europea [ha] mostra[to] chiaramente di privilegiare il diritto vivente sul diritto scritto*».

Se, infatti, si osserva con attenzione il semplice e corretto schema logico seguito dalla decisione, si potrà notare come la Cassazione abbia scelto di abdicare all'ambiguo<sup>7</sup> concetto di rinuncia presunta a far valere il vizio dell'atto<sup>8</sup>.

Ma se così è, viene allora naturale un interrogativo provocatorio: ammesso e non concesso che si possa aderire alla logica sottesa all'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p., non sarebbe più razionale ricondurre un effetto sanante alla scelta di accordarsi circa l'inserimento di un atto d'indagine nel fascicolo del dibattimento piuttosto che alla richiesta di giudizio abbreviato?

Con la scelta di tale rito l'imputato si limita, infatti, a rinunciare al diritto alla formazione della prova nelle forme del contraddittorio, magari in vista di uno sconto di pena<sup>9</sup>, senza che la sua opzione investa il più generale profilo della conformità al modello legale delle forme del procedere<sup>10</sup>.

In altri termini, il reale valore di questa pronuncia è che contribuisce ad evidenziare la forzatura introdotta con il comma 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p., che, sebbene non innovativo rispetto ai precedenti approdi della giurisprudenza di legittimità, si fonda, comunque, su un'equazione – quella tra scelta del rito e acquiescenza sanante rispetto alle invalidità (come pure rispetto all'incompetenza territoriale) – assolutamente eccentrica, che “prova troppo”, e che evidentemente lede il diritto di difesa dell'imputato<sup>11</sup>.

Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte ricorda dunque – se mai ce ne fosse stato davvero bisogno – che, in assenza di indici significativi e univoci, la vo-

<sup>7</sup> Sul punto, si rimanda alle condivisibili ed approfondite osservazioni di E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, cit., 6 e ss.

<sup>8</sup> Ritengono che l'inclusione concordata dell'atto nel fascicolo del giudice sani le eventuali cause di nullità relative o a regime intermedio, fra gli altri, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *L'udienza preliminare. Dall'avviso di conclusione delle indagini ai riti alternativi*, Il sole 24 ore, 2003, 327; C. CONTI, in G.M. BACCARI-C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti (art. 493, comma 3 c.p.p.)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 878; G.L. FANULI, *Riflessioni sull'istituto della acquisizione di atti su accordo delle parti*, in *Cass. pen.*, 2001, 359; M. GEMELLI, *L'irruzione della negozialità nel giusto processo*, in *Giust. pen.*, 2001, c. 733. In ogni caso, la dottrina più attenta ha avuto modo di specificare che la sanatoria ex art. 183 c.p.p. scatterà solo là dove le parti, al momento dell'accordo, siano consapevoli della patologia (sanabile) che affligge l'atto, così T. RAFARACI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. II, Milano, 1998, 618. Per un'ampia panoramica sul dibattito, si veda, fra gli altri, G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 250.

<sup>9</sup> È la stessa pronuncia in commento ad affermare, ancora una volta implicitamente, che fine primario della scelta del rito abbreviato è lo sconto di pena là dove si sostiene che «*in difetto di richiesta di rito abbreviato, il consenso prestato a far transitare uno o più atti delle indagini preliminari nel fascicolo per il dibattimento e ad utilizzarli ai fini della decisione, non produce alcun effetto premiale in termini di pena*».

<sup>10</sup> Come osserva in maniera del tutto condivisibile A. MACCHIA, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2017, 16, «*non sempre e non necessariamente la volontà di accedere al rito alternativo si presenta, infatti, come “incompatibile” con il diritto a far valere il vizio di un determinato atto, così da renderlo processualmente privo di effetti*».

<sup>11</sup> In tal senso v. da ultimo D. NEGRI, sub art. 438, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2020, 2169, nonché, (anche se con riguardo alla preclusione di «ogni questione sulla competenza per territorio»), L. CARACENI, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, in *Leg. pen.*, 2018, 17.

lontà dell'imputato non si può presumere. Di conseguenza, pur acconsentendo all'acquisizione degli atti d'indagine al fascicolo dibattimentale, la difesa non per questo perde la propria facoltà di eccepire eventuali patologie di uno o più fra quegli atti.

Ma ancor di più, questa presa di posizione dimostra come l'aver reso *littera legis* una sanatoria "innominata" – attribuendo un implicito consenso dell'imputato alla sanatoria di ogni invalidità processuale per il sol fatto di aver richiesto di essere giudicato nelle forme del rito abbreviato – è davvero un'operazione di dubbia costituzionalità<sup>12</sup>.

Come noto, la "riforma Orlando", se da un lato ha recepito l'orientamento ormai consolidato in materia di invalidità, ha invece superato il garantistico approdo cui era pervenuta la nota pronuncia a Sezioni Unite del 2012, che consentiva di eccepire l'incompetenza territoriale del giudice in caso di rito abbreviato sia "tipico" che "atipico"<sup>13</sup>. In quell'occasione, infatti, il Supremo Collegio rammentava come, in effetti, non sia rinvenibile nel nostro sistema la regola per cui «*l'imputato per poter essere giudicato dal giudice naturalmente competente debba rinunciare ai riti alternativi e, di converso, per poter accedere al giudizio abbreviato debba essere costretto a rinunciare a perseguire la legalità in tema di competenza*».

Ora, sebbene in quella pronuncia sia stata la stessa Corte a non volersi spingere troppo oltre (anche perché non investita della questione), affermando che «*le norme poste a tutela del procedimento probatorio e dell'iter propulsivo dell'azione penale e quelle finalizzate a dare attuazione al principio del giudice naturale ad esigenze difformi e non [sono] in toto assimilabili*»<sup>14</sup>, non pare affatto un fuor d'opera ritenere, invece, tali autorevoli e condivisibili principi estensibili anche al regime delle invalidità<sup>15</sup>.

Ed in effetti, il pregio di quell'orientamento – letteralmente sterilizzato dal legislatore del 2017 e dalla giurisprudenza successiva<sup>16</sup> – era stato quello di mettere al centro

---

<sup>12</sup> Come già approfonditamente sottolineato da E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, cit.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, secondo cui «*l'eccezione di incompetenza territoriale è proponibile in limine al giudizio abbreviato che non sia stato preceduto dalla udienza preliminare. Quanto al giudizio abbreviato preceduto dalla udienza preliminare (giudizio abbreviato c.d. tipico) tale eccezione è proponibile, sempre in limine; solo se essa sia stata già proposta (e rigettata) in sede di udienza preliminare*».

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, par. 4.2.

<sup>15</sup> In tal senso, e in termini critici rispetto alla pronuncia delle Sezioni unite, G. TODARO, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, in Cass. pen., 2013, 586.

<sup>16</sup> Ci si riferisce, ad esempio, a Cass. pen., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 1596, secondo cui «*l'art. 438, comma 6-bis c.p.p., nello stabilire che la richiesta di giudizio abbreviato "preclude ogni questione sulla competenza per territorio del giudice", si riferisce non solo alle parti ma anche alla possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la propria incompetenza, dovendosi ritenere prevalente l'interesse pubblico alla speditezza del processo rispetto alla possibilità di discutere della competenza territoriale lungo l'arco del processo stesso*». L'orientamento stupisce per una duplice ragione. La prima è che il concetto di giusto processo costituzionalmente garantito dovrebbe soccombere rispetto ad imprecise ragioni di speditezza processuale e ciò ancor di più se si ha cura di ricordare che per Corte cost., n. 317 del 2009 «*un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata*». La seconda è che come correttamente osservato da F. CASSIBBA, *Sub art. 21, in Codice di procedura penale commentato*, I, cit., 398, tale impostazione, ovvero sottrarre anche allo stesso giudice la



i «comportamenti della parte specificatamente indicativi della sua volontà di nulla eccepire in merito», neutralizzando così l'inaccettabile concetto di "rinuncia presunta" ad eccepire l'incompetenza per territorio.

E lo stesso, dunque, dovrebbe valere anche nell'interpretare l'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p., che troverebbe così applicazione solo nei casi di rinuncia esplicita o quando dal comportamento della parte «*possa inoppugnabilmente desumersi la rinuncia definitiva a contestare il vizio*»<sup>17</sup>.

La ragionata conclusione, pertanto, è che la richiesta di essere giudicato nelle forme del giudizio abbreviato non dovrebbe poter in alcun modo essere intesa come sanatoria *per facta concludentia* di ipotetiche invalidità, poiché se è vero che la scelta del rito implica una rinuncia ad un accertamento del fatto nel contraddittorio (e perciò premiata con uno sconto di pena in caso di condanna), è altrettanto vero che il regime delle nullità è posto a presidio di un principio costituzionale inviolabile quale quello della conformità degli atti processuali a quanto prescritto dalla legge per la loro formazione<sup>18</sup>. D'altronde, come già scriveva Beccaria, le forme «*danno al popolo l'idea di un giudizio non tumultuario [...] ma stabile e regolare*»<sup>19</sup>.

possibilità di rilevare la propria incompetenza territoriale «*esporrebbe il fianco a seri dubbi di legittimità costituzionale, almeno se si muove dalla premessa per cui il giudice naturale ex art. 25 Cost., assicurato dalle norma sulla competenza, non sarebbe valore disponibile*». In dottrina, si rimanda alle autorevoli osservazioni di P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, 112-113.

<sup>17</sup> «*Ciò a maggior ragione quando trattasi di questioni di competenza per territorio, il cui regime, seppure modellato (specie in punto di rilevabilità e decadenza) su quello delle nullità c.d. intermedie, mantiene - anche in virtù della copertura costituzionale - la sua specificità, il primo regime essendo posto a presidio del diritto costituzionale di ognuno di essere giudicato dal suo giudice naturale, il secondo essendo posto a presidio della conformità degli atti processuali a quanto prescritto dalla legge per la loro formazione. Ne consegue che non può certo ritenersi prodotto alcun effetto sanante allorché l'imputato proponga e reiteri, nel rispetto delle cadenze processuali ed unitamente all'opzione per il rito alternativo, l'incidente di competenza*», così sempre Cass. pen., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcellì, in motivazione par. 4.3. In tema di comportamento rilevante ex art. 183 c.p.p. si rimanda a quanto affermato da M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali: II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 2005, 13. Condivisibili osservazioni formula anche G. DI PAOLO, *op. cit.*, la quale sostiene che «*tale modo di ragionare - che si fonda sull'idea che il consenso prestato all'instaurazione del rito sommario sottenderebbe una tacita accettazione degli atti viziati, o comunque un'implicita rinuncia a sollevare eccezioni di nullità - incorre infatti nell'errore metodologico di dare per scontato il fatto processuale che invece va dimostrato (ossia la sussistenza, nel richiedente, di un certo animus rinunciatario)*».

<sup>18</sup> Come a suo tempo osservato da N. VIGGIANO, *Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 512, la scelta del rito e la corretta instaurazione del processo secondo il modello legale «*sono profili perfettamente autonomi*». Nondimeno, la portata abdicativa del rito abbreviato - e, conseguentemente, l'efficacia sanante a esso abbinata - non incide sul potere-dovere del giudice di adempiere il proprio ruolo di garante della legalità del procedimento probatorio, giacché quest'ultimo rappresenta un interesse sottratto alla libera disponibilità delle parti, così, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Il giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Milano, 2005, 103 ss.

<sup>19</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764; di recente, E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 85.

Per tali motivi, paiono rimanere davvero troppi i dubbi di legittimità costituzionale del riformato art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p.; dubbi che questa sentenza contribuisce senz'altro ad evidenziare.

L'auspicio, quindi, è che la pronuncia in commento – che comunque ha meritevolmente posto un argine a pericolose applicazioni analogiche – possa rappresentare un primo passo verso una decisa inversione di rotta che come destinazione ha la Corte Costituzionale.

### Pietro Ellero: un coraggioso giurista contro la pena di morte

Iacopo Benevieri

«Io tuttavia persisto nella mia opinione che dopo la mia morte non si parlerà più di me».

Con questa frase Pietro Ellero aveva forse intuito il destino che sarebbe stato riservato al proprio impegno politico e sociale.

Nato a Pordenone l'8 ottobre 1833, già dopo poco più di un mese dalla sua scomparsa (avvenuta a Roma, quasi centenario, il 1° febbraio del 1933) lo storico e giurista crotonese Nicola Coco fece pubblicare su *Il Messaggero* un'aspra lettera di rimprovero indirizzata a tutta la stampa italiana «*pel silenzio quasi completo – fatta eccezione d'un brevissimo annunzio funebre – sulla morte, avvenuta in Roma il 1° febbraio corrente, di un grande vegliardo: Pietro Ellero. Si tratta – l'annunzio funebre lo ha frettolosamente avvertito – d'un vecchio centenario*», già circondato «*nell'ultimo venticinquennio dal quasi completo oblio*»<sup>1</sup>.

E bruciata pare tutta la parabola da lui tracciata, se è vero che ancora oggi Pietro Ellero rimane figura, per i più, sconosciuta.

Eppure tale oblio non sembra contrastare con la ricchezza della sua biografia: nel 1860 Ellero fu nominato professore di filosofia del diritto all'Accademia scientifico-letteraria di Milano. Dal 1861 al 1880 insegnò diritto e procedura penale all'Università di Bologna, ove formò diversi allievi, tra i quali sono da ricordare Enrico Ferri, Leonida Bergamaschi Bissolati e Giacomo Matteotti. Fu consigliere della Corte di cassazione di Roma, Consigliere di Stato, Presidente onorario di sezione del Consiglio di Stato, componente della Commissione per la stesura del codice penale nel 1865 e nel 1880, membro della Commissione per il trattato di pace con l'Austria nel 1866, fondatore

---

<sup>1</sup> COCO, PIETRO ELLERO, su *Il Messaggero*, 3 marzo 1933, XI, 3.

della rivista «Archivio giuridico» nel 1868, nonché membro della Giunta per l'esame del progetto del nuovo codice penale nel 1888.

Ellero crebbe culturalmente in quell'ambiente lombardo che vedeva protagonista Carlo Cattaneo, il cui movimento di idee per la riforma del diritto penale in quel periodo era assai fervido<sup>2</sup>. Si ricordino le posizioni espresse sulla questione carceraria da Cattaneo, il quale sosteneva la necessità di evitare la concentrazione di detenuti in spazi stretti e di favorire per quanto possibile l'introduzione in carcere dell'attività lavorativa, «*ristoro che solo può render sopportabile quella vita*»<sup>3</sup>, cosicché in quell'ambiente detentivo «*nessuno diventa peggiore*»<sup>4</sup>.

Pietro Ellero è stato da molti considerato un esponente del socialismo giuridico penale, aspro critico delle ingiustizie sociali e sostenitore della necessità di un processo di rinnovamento delle istituzioni e di una modernizzazione intellettuale del Paese<sup>5</sup>.

Nell'ambito di questa sua dimensione culturale, Ellero ricoprì un ruolo di primo piano nel dibattito per l'abolizione della pena capitale e tra le iniziative più importanti ci fu la fondazione e la pubblicazione di un periodico: il «*Giornale per l'abolizione della pena di morte*».

In realtà questa tensione abolizionistica vibrava nell'anima di Ellero fin dagli studi universitari.

Nel 1858, appena venticinquenne, si laureò all'Università di Padova con una tesi in giurisprudenza dal titolo Della pena capitale, nella quale contrastava le tesi favorevoli all'estremo supplicio, diffuso in molti paesi europei e negli stati italiani preunitari, a eccezione del Granducato di Toscana. Alla laurea seguì, tuttavia, il processo penale. La pubblicazione della tesi sotto forma di un libro interessò la polizia austriaca che formalizzò l'atto di denuncia nei confronti di Ellero per il reato di perturbazione della pubblica tranquillità.

Il paragrafo 65 del Codice penale austriaco del 1852, vigente nel Regno Lombardo-Veneto, prevedeva, infatti, che commette tale delitto chiunque «*in pubblico od in presenza di più persone, ovvero in opere stampate, in iscritti, figure o disegni diffusi cerca di eccitare al disprezzo od all'odio contro la persona dell'Imperatore, contro il nesso politico dell'Impero, contro la forma di governo, o l'amministrazione dello Stato*»; la pena prevista era «*duro carcere da uno a cinque anni*», sanzione che prevedeva che il condannato fosse «*tenuto con ferri ai piedi*» e in isolamento.

Agli occhi dei gendarmi austriaci Ellero aveva perturbato la pubblica tranquillità scrivendo una frase, dal sapore sovversivo: «*per tutte le suesposte ragioni la pena di morte è inutile, immorale, ingiusta; ed è una convenienza politica, un dovere etico, un obbligo giuridico il proscriverla*»<sup>6</sup>.

Questo convincimento, epigrammatico nella sua essenzialità, dopo una prima assoluzione avanti il Tribunale di prima istanza, fece condannare Ellero dal Tribunale d'Appello di Venezia.

<sup>2</sup> MAZZA, *Critica della ragion penale*, Key Ed., 2019, 166.

<sup>3</sup> CATTANEO, *Delle carceri*, in *Scritti politici*, BONESCHI (a cura di), Firenze, 1964, 302.

<sup>4</sup> CATTANEO, *op. cit.*, 309.

<sup>5</sup> SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III/IV, Milano, 1974-75, 599.

<sup>6</sup> ELLERO, *Della pena capitale*, in *Trattati Criminali*, Ed. Fava e Garagnani, 1875, 25.

Il giurista propose ricorso alla Corte Suprema di Giustizia in Vienna, affidando tutta la propria difesa al saggio dal titolo «*In difesa della imputazione di perturbata tranquillità pel libro 'Della pena capitale'*», testo pubblicato a Venezia dal «Giornale di giurisprudenza pratica»<sup>7</sup>.

Ellero si difese sostenendo che quella frase era parte di una tesi di laurea, indirizzata esclusivamente agli studiosi di discipline giuridiche e filosofiche e priva, pertanto, di alcuna finalità politica o sovversiva. La Corte di Vienna archiviò il processo con la formula «*per ossequiata volontà sovrana*», così da domare clamore che la vicenda stava suscitando.

Ma nel certificato del casellario giudiziale, pur bianco, non sono annotate le tracce che sulla vita degli uomini vengono comunque lasciate da un processo penale. Nonostante il proscioglimento, infatti, Ellero si vide negare la docenza dall'Università di Padova, allora sotto il dominio austriaco<sup>8</sup>.

Il tema della pena capitale restava, comunque, di estrema attualità.

Con l'unificazione del Regno d'Italia, infatti, il dibattito non svanì, si ampliò a tal punto da diventare argomento di discussione giuridica e filosofica: il mantenimento o l'abolizione della pena di morte rappresentava una tappa obbligata nel processo unitario cui doveva prender parte anche il diritto penale. L'abolizione risultava il principale elemento ostativo all'unificazione legislativa e tale rimase fino all'approvazione del Codice Zanardelli. Solo in Toscana la pena capitale non risultava in vigore al momento dell'annessione al Regno sabauda.

Le possibili soluzioni circa la unificazione risultavano quindi sostanzialmente due: o l'estremo supplizio veniva reintrodotta anche in Toscana oppure l'abolizione doveva essere estesa su tutto il territorio nazionale.

Già il 10 maggio 1860 il deputato Angelo Mazzoldi propose alla Camera dei Deputati la proposta di abolizione «*dal consorzio civile*» della pena capitale «*siccome marchio di ferocia senza diritto e senza bisogno*»<sup>9</sup>, proposta che non fu approvata perché ritenuta intempestiva rispetto alla mancata «*unificazione della legislazione penale del regno*»<sup>10</sup>.

Nel 1861 Pietro Ellero e Francesco Carrara decisero dunque di fondare il Giornale per l'abolizione della pena di morte, con lo scopo di sostenere la tesi abolizionista ed attuare un profondo rinnovamento dell'ordinamento penale italiano.

Il periodico uscì nelle edicole tra il 1861 ed il 1864, in 12 numeri, tutti caratterizzati da una forte idealità e da un approccio prettamente teorico<sup>11</sup>.

Obiettivo primario del Giornale era di raccogliere i più illustri contributi in una sola rivista, al fine di coinvolgere il più possibile l'opinione pubblica nel dibattito abolizionista.

<sup>7</sup> ELLERO, *In difesa della imputazione di perturbata tranquillità del libro della pena capitale*, in *Scritti Minori*, Ed. Fava e Garagnani, 1875, 175-184; cfr. altresì MAZZA, *op. cit.*, 166.

<sup>8</sup> ELLERO, *La sovranità popolare*, Tip. Fava e Garagnani, 1886, 8.

<sup>9</sup> *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, I, VII, Harvard Law Library, 58.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 59.

<sup>11</sup> D'AMICO, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista nel Giornale per l'Abolizione della pena di morte di Pietro Ellero*, in AA.VV., *Formare il Giurista. Esperienze nell'area lombarda tre Sette e Ottocento*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVII, 2004, 577-605.

Il primo numero si apriva con un manifesto programmatico nel quale Ellero dichiarava quale fosse l'obiettivo principale dell'iniziativa editoriale: quello «*di vedere, se questa umanità, che ha creduto sin ora spegnere legittimamente le vite, non abbia fin ora per avventura commessi altrettanti assassini*»<sup>12</sup>.

Scriveva Ellero nel Programma, che «*in tutti gli uomini balena almeno il timore della illegittimità dell'estremo supplicio, dal sovrano che lo decreta alla donnicciola che lo contempla; ed è timore sempre rinascente e sempre ansioso. [...] I tribunali non pronunciano sentenze, senza che o la difesa o l'accusa, o ciascun giudice nella sua coscienza, non accennino al terribile problema. [...] In fine il dubbio è entrato nelle menti sulla legittimità o meno di cotal sanzione, e codesto dubbio non è ancora cessato*»<sup>13</sup>. «Questo il motivo pel quale», spiega Ellero, «una schiera d'uomini, che qualsivoglia avversario dovrà almeno dire onesti, si è riunita allo intento di propugnare in una umile rivista trimestrale l'abolizione dell'estremo supplicio»<sup>14</sup>.

Il Giornale avrebbe continuato a uscire sino al conseguimento dell'abolizione, la vita editoriale dipendeva dal permanere della morte come sanzione: «*La durata prefissa a cotal opera è di necessità precaria: perocché, esaurita la discussione, appagato il voto, assicurata il trionfo, essa non ha più ragione d'esistere. Quindi la vita di questo giornale dura sino a che rimane in diritto la morte: nasce col desiderio e colla speranza di non vivere a lungo, nasce per morire*»<sup>15</sup>.

Le ragioni che la corrente abolizionista intendeva portare avanti sulle pagine del Giornale, seppur con approcci metodologici diversi, muovevano tutte dal presupposto unitario della inviolabilità della persona: «*la schiavitù era la violazione d'uno dei diritti supremi della personalità umana, la libertà; come la pena capitale è la violazione dell'altro supremo diritto, la esistenza*»<sup>16</sup>.

Sotto tale profilo il pensiero di tutti i collaboratori del Giornale risultava pienamente coincidente: negando che lo scopo della pena fosse, anche solo indirettamente, l'intimidazione, la morte come pena non poteva considerarsi ammissibile<sup>17</sup>.

Le firme che parteciparono al Giornale furono numerose e di provenienza eterogenea da tutto il mondo culturale.

Nello stesso manifesto programmatico Ellero preannunciava l'eclettismo che avrebbe animato il progetto editoriale: «*poiché si vuole svolgere la questione in tutti i modi e sotto tutti gli aspetti possibili, e vi prendon parte tante persone di diverse scuole e dottrine, è naturale che sempre non vi sia medesimezza di teorie, sociali e giuridiche. [...] si è pure invocato il soccorso della filosofia morale e delle lettere. Né manco bandita è la poesia, memori come ne' prischi tempi le stesse leggi fossero imposte alle feroci schiatte umane collo incanto irresistibile de' carmi*»<sup>18</sup>.

Vennero coinvolti nel «*nostro giornaluccio*» illustri giuristi italiani e, in un respiro europeo che circolava nello spirito della rivista, anche stranieri. Vale la pena ricordare

<sup>12</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., I, 4.

<sup>13</sup> ELLERO, *ibidem*, 4.

<sup>14</sup> ELLERO, *ibidem*, 6.

<sup>15</sup> ELLERO, *ibidem*, 12.

<sup>16</sup> ELLERO, *ibidem*, 8.

<sup>17</sup> CARRARA, *Una lezione dettata nella regia Università di Pisa*, in *Giornale*, cit., I, n. 1, 13 e ss. e n. 2, 80 ss.

<sup>18</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., 11 e 12.

il già citato Francesco Carrara, che ebbe a pubblicare sul *Giornale* una serie di interventi tratti dalle proprie lezioni universitarie; Errico Pessina con il contributo «*Teoremi giuridici intorno alla Scienza delle prigioni*», nel quale evidenziò come una delle finalità della pena detentiva dovesse essere il recupero educativo del condannato<sup>19</sup> e i giuristi tedeschi Carl Joseph Anton Mittermaier e Joachim Wilhelm Franz Philipp von Holtzendorff.

Di quest'ultimo studioso fu pubblicata la relazione tenuta il 14 giugno 1862 presso la Società dei giuristi di Berlino, nel corso della quale si dava risalto alla pubblicazione del *Giornale*, del quale però veniva criticato l'eccessivo spazio dedicato agli argomenti di tipo «*piuttosto filosofico e morale che pratico e politico*»<sup>20</sup>.

Anche lo stesso Mittermaier, fin dal suo primo intervento sul *Giornale*, richiamò l'attenzione sulla necessità di sostenere le ragioni abolizionistiche sulla base di un approccio metodologico pratico e non solo filosofico-speculativo: «*presso un gran numero d'uomini influenti la persuasione, che non si possa far senza di tale tema, può soltanto essere scossa con ragioni pratiche, fondate sui fatti: per codesti signori non hanno valore le discussioni filosofiche. Cerchi ella [riferito ad Ellero] di adoperare adesso nel suo giornale di cotali ragioni pratiche*»<sup>21</sup>.

Questi moniti non trovarono ascolto in Ellero, il quale, spinto da una urgente necessità di esplorare ogni angolo del sapere umano coinvolto nel tema abolizionista, sosteneva invece che «*in un periodico criminale doversi tenere a calcolo questo indirizzo*», costituito anche dall'attenzione alle opere più letterarie e poetiche, ciò in quanto «*talora il poeta vede più a fondo e più lontano del giureconsulto*»<sup>22</sup>.

Ecco dunque che contributi importanti confluirono sulle pagine del *Giornale* da noti esponenti di ogni disciplina e scienza.

Sul periodico scrissero poeti come Giosuè Carducci<sup>23</sup>, ma anche linguisti e glottologi come Emilio Teza o Nicolò Tommaseo. Quest'ultimo, in particolare, osservò come la pena di morte dovesse essere abbandonata perché rendeva irrimediabile un giudizio umano pronunciato all'esito di argomenti e di testimonianze, la cui interpretazione poteva esser sempre sottoposta a revisione perché mutevole era il significato delle parole con le quali venivano espressi: «*Or un momento di negligenza, di distrazione, non che un moto di quasi involontaria parzialità, che cada nel punto in cui trattisi di pesare il valore d'un argomento, d'indovinare il senso d'una parola in un deposito, di leggere cotesto senso arcano nel viso e negli atti dell'accusato o del testimone, può essere quello da cui penda l'onore d'un uomo e la vita?*»<sup>24</sup>.

Il *Giornale* accolse saggi ed editoriali di contenuto sociologico e psicologico, come il contributo dello psicologo Carlo Livi, il quale si soffermò sugli effetti destabilizzanti per la psiche che l'esibizione della pena capitale avrebbe provocato: «*Né io intesi certo fare una confutazione generale della pena di morte: intesi solo combatterla da quel*

<sup>19</sup> PESSINA, *Giornale*, cit., II, 140: «*Tutto il sistema penitenziale ha per elemento informatore il dogma dello emendamento del reo, come ce lo addita la parola stessa della penitenza tolta a prestanza dalle credenze cristiane*».

<sup>20</sup> HOLTZENDORFF, *Giornale*, cit., II, 53.

<sup>21</sup> MITTERMAIER, *Lettera al Direttore, Giornale*, cit., I, 78.

<sup>22</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., I, 322.

<sup>23</sup> MAZZA, *op. cit.*, 170.

<sup>24</sup> TOMMASEO, *Da un discorso inedito sulla pena di morte*, in *Giornale*, cit., 76.

lato che io come medico poteva afferrare, dal lato degli effetti che lo spettacolo di lei, spettacolo di sangue e di inumanità, di ferocia, poteva indurre nella nostra natura fisica e morale»<sup>25</sup>.

Sul Giornale Ellero non perdeva inoltre occasione per invitare i lettori a nutrirsi di letteratura italiana e straniera, in particolare di quei romanzi nei quali fosse comunque trattato il tema della pena, come il romanzo *I miserabili* di Victor Hugo: era la cd. «letteratura criminale, la quale si volge all'analisi delle passioni più terribili ed o mostra nel suo spaventoso aspetto il delitto, o gli errori de' tribunali o gli orrori de' supplizi»<sup>26</sup>.

Ellero promosse e organizzò numerosi incontri pubblici: a Firenze, a Perugia, a Napoli, a Milano, il più importante dei quali fu quello organizzato l'8 gennaio 1865 al Teatro Comunale di Bologna, nel corso del quale prese la parola Giosuè Carducci<sup>27</sup>.

La battaglia contro la pena capitale sembrò vinta il 13 marzo del 1865 quando la Camera dei Deputati, dopo un vigoroso discorso di Francesco Stanislao Mancini e la relazione di Giuseppe Pisanelli, votò a larga maggioranza a favore dell'abrogazione.

Quasi un mese dopo tuttavia, il 22 aprile 1865, il Senato si espresse in senso contrario all'abolizione. Pietro Ellero, nonostante avesse fatto ritardare alcuni numeri della rivista «fino a che l'alta tesi fosse discussa in parlamento»<sup>28</sup>, dovette constatare che «il risultato mancò»<sup>29</sup>. La rivista fu chiusa l'8 maggio 1865, con un appassionato e sconfortato editoriale dal titolo «Epilogo del giornale per l'abolizione della pena di morte»<sup>30</sup>.

Nel lungo addio Ellero si rammarica della «siffatta discordia delle due assemblee in punto sì essenziale, sì profondamente giuridico»<sup>31</sup>; censura aspramente come ogni rappresentante del popolo avesse manifestato a parole il proprio sostegno alla tesi abolizionistica, salvo poi tradire tali convincimenti con un contrario voto parlamentare<sup>32</sup>; lamenta che la mancata unificazione nazionale della legislazione penale determinava evidenti contraddizioni, come il trasferimento della capitale a Firenze qualche mese prima, il 3 febbraio 1865, ove la pena di morte non poteva essere eseguita essendo stata abolita sin dal 1786<sup>33</sup>.

Ellero risponde inoltre alle critiche, mosse soprattutto dal Mittermaier, relative alla natura eccessivamente filosofica e accademica delle tesi spese sul Giornale, a discapito di argomentazioni basate su dati statistici circa l'assenza dell'effetto deterrente della pena capitale: «Eh via, un tal rimprovero lo accettiamo di buon grado; ne ave-

<sup>25</sup> LIVI, in *Giornale*, cit., 92

<sup>26</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., I, 322-323.

<sup>27</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., III, 314 ss. e IV, 353.

<sup>28</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., 406.

<sup>29</sup> ELLERO, *ibidem*, 406.

<sup>30</sup> ELLERO, *ibidem*.

<sup>31</sup> ELLERO, *ibidem*.

<sup>32</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., 410: «Ognuno è d'accordo nel desiderare l'abolizione della pena di morte; ma altro è desiderarla, altro procacciarla, e per alcuni basta desiderare, appunto come si desidererebbe la età aurea, e costoro credono aver fatto il loro dovere».

<sup>33</sup> ELLERO, *ibidem*: «e intanto la sede del re, del parlamento, del governo si trasporta a Firenze col patibolo, a Firenze dove non può funzionare. La mancata unificazione delle leggi, l'onta alla moralità pubblica e alla dignità nazionale pel fatto che vi sono italiani soggetti al patibolo e italiani che nol sono, reati puniti diversamente secondo il luogo, [...] tutto ciò costituisce un tale doloroso contrasto, che piuttosto si può sentire che esprimere».



vamo bisogno noi italiani, noi uomini di poca morale, e meglio devoti alle scaltre arti dell'utile che alle severe speculazioni del giusto. [...] Decidere la convenienza dell'abolizione del patibolo con un faticoso inventario delle cause, delle condanne e delle esecuzioni capitali; rilevare la efficacia o la inefficacia del medesimo dalla diversa proporzione di questi dati, oltreché criterio estrinseco, ci ha sempre sembrato parziale e incerto. In ogni modo [...] noi avevamo miglior compito di raccogliere suffragi e proteste, di avvincere ai principi per lo mezzo de' sentimenti, di suscitare un movimento intellettuale»<sup>34</sup>.

Sul finale Ellero censura l'inerzia delle Assemblee legislative per constatare amaramente come le ragioni della politica abbiano prevalso sui principi giuridici, così da rendere l'Italia indegna del raggiungimento del nobile obiettivo: «il nodo, il nodo con cui si ha strozzata una questione di diritto, è stato, come sempre, una questione di opportunità. [...] Sia come si voglia, la inopportunità di proscrivere tra noi l'estremo supplicio, non si può che per due motivi ammettere, o che la nazione non vi fosse preparata, o che la nazione non ne fosse degna»<sup>35</sup>.

Ellero auspica tuttavia che la sfida per l'abolizione della pena di morte possa esser condotta da associazioni già costituite, come il «Comitato esecutivo centrale per il monumento a Cesare Beccaria», poiché «come ogni rivoluzione civile e morale prima è opera d'individui, poi opera di masse, la nostra causa è entrata in quella nuova fase, nella quale tutta una moltitudine la accoglie come sua [...] di guida che altra volta occorre il giornale, ora occorre un'associazione»<sup>36</sup>.

La pena di morte fu abolita nel 1889 col codice di Giuseppe Zanardelli, mentre in numerosi Paesi era già stata sostituita con altre pene.

Il ruolo del Giornale di Pietro Ellero apparve innegabile già all'epoca: non solo prima del 1861 non si rinviene alcuna iniziativa editoriale di così ampio respiro volta alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla questione abolizionista, ma con la pubblicazione della rivista il tema divenne di dominio pubblico. Se infatti inizialmente le tesi abolizioniste erano patrimonio di una ristretta élite di giuristi, con il Giornale tali posizioni finirono col diffondersi in misura sempre maggiore, sino a diventare largamente condivise. Addirittura, alcuni sostenitori dell'opposta tesi effettuarono drastiche inversioni di marcia, generalmente accompagnate dal tentativo di fornire delle giustificazioni *ex post* dei propri convincimenti passati<sup>37</sup>.

Deve inoltre riconoscersi al Giornale il fondamentale merito di aver costituito una ricca fucina di argomenti a favore della tesi abolizionistica, facendoli transitare dall'edicola al Parlamento. La discussione politica intorno al progetto del codice Zanardelli si caratterizzò infatti anche per l'impiego di argomenti sviluppati nel Giornale<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., 415.

<sup>35</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., 411.

<sup>36</sup> ELLERO, *Giornale*, cit., 417.

<sup>37</sup> Si fa riferimento a esponenti della tesi anti-abolizionista come l'avv. Gennaro De Filippo, senatore e Ministro di Grazia e Giustizia e Culti del Regno d'Italia nei Governi Menabrea, nonché lo stesso Luigi Federico Menabrea. Sul punto, TORINI, *Gli albori della campagna abolizionista*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 7/2015, 14, in [http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/torini\\_7.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/torini_7.pdf).

<sup>38</sup> TORINI, *op. cit.*, 27.

Il raggio d'influenza culturale del Giornale oltrepassò il perimetro del dibattito sulla pena capitale, avviando un processo di rinnovamento dello stesso giornalismo giuridico, che si aprì progressivamente ad altre discipline del sapere.

La massima espressione di tale novità si ebbe nelle pagine della Rivista Penale di Luigi Lucchini, il quale vi ospitava interventi sull'antropologia, sulla psichiatria e sulla medicina legale, dimostrando la necessità di avviare riflessioni trasversali tra diritto e società, come aveva sperimentato Pietro Ellero<sup>39</sup>.

L'opera culturale messa in atto da Ellero con la pubblicazione del Giornale dimostra la necessità, ancora oggi, che la riflessione giuridica non si chiuda in un isolamento tecnicistico autoreferenziale, ma debba continuamente accogliere e confrontarsi con argomenti e riflessioni provenienti da altre latitudini del sapere umano, in una continua ricerca di arricchimento reciproco, proprio perché *«talora il poeta vede più a fondo e più lontano del giureconsulto»*.

---

<sup>39</sup> Sul tema si faccia riferimento al numero monografico *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI, Milano, 1987.