

Rivista trimestrale | Luglio/Settembre 2021

DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - 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 politica e giustizia: la riforma Cartabia**

ARTICOLI

Antonio Cavaliere - **Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia**

Pierpaolo Dell'Anno - Luca Forte - **Giudizio principale e giudizio cautelare: doppio binario e "interferenze" tra esigenze di accertamento e sussistenza del *fumus* del reato**

OPINIONI

Leonardo Filippi - **Il decreto-legge sui tabulati**

Filippo Lombardi - **Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.). Riflessioni sparse**

Direzione

Ennio Amodio - Massimo Donini - Angelo Giarda - Sergio Moccia - Tullio Padovani - Giorgio Spangher - Alfonso M. Stile - Luigi Stortoni

Comitato scientifico editoriale

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Elena Maria Catalano - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - 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 Risicato - Bartolomeo Romano - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

Comitato scientifico (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 - Filippo Giunchedi - 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 - Fabrizio Siracusano - 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 - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Gaetano Galluccio Mezio - Maria Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Mattia Romano - 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.

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Editoriali

GIORGIO SPANGHER, *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia* p. 445

Articoli

ANTONIO CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia* » 451

PIERPAOLO DELL'ANNO - LUCA FORTE, *Giudizio principale e giudizio cautelare: doppio binario e "interferenze" tra esigenze di accertamento e sussistenza del fumus del reato* » 487

KATIA LA REGINA, *L'identità vocale e la filastrocca dell'orecchio allenato* » 499

ANGELO ZAMPAGLIONE, *Abbreviato e illegittima riduzione della pena: un bilanciamento di valori costituzionali a rime obbligate* » 505

REBECCA GIRANI, *Il fenomeno del vitriolage: da circostanza aggravante a fattispecie autonoma di reato* » 517

Opinioni

LEONARDO FILIPPI, *Il decreto-legge sui tabulati* » 527

GIORGIO SPANGHER, *L'improcedibilità alla prova delle prime udienze* » 543

FILIPPO LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.). Riflessioni sparse* » 547

FABRIZIO GALLUZZO, *Il caso Shalabajeva torna alla ribalta: fu davvero "sequestro di Stato"?* » 555

Dalle corti

VALENTINA ROSSI, *La consulta si pronuncia sul cd. Incidente probatorio "speciale": ricostruzione dell'istituto e considerazioni finali* » 559

MARIA BRUCALE, *Illegittima la revoca delle prestazioni assistenziali per i condannati per gravi reati che scontino la pena in regime alternativo al carcere* » 567

IACOPO BENEVIERI, *Gli stereotipi sulla violenza di genere nella motivazione della sentenza. Riflessioni su C. eur. dir. uomo, 27.5.2021, J.L. contro Italia* » 575

FLAVIA MICCOLI, *L'estensione analogica delle scusanti: le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384, co. 1 c.p. al convivente more uxorio* » 591

STEFANIA TREDICI, *Rituale di affiliazione e condotta di partecipazione: la decisione delle Sezioni Unite* » 605

MASSIMILIANO OGGIANO, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale del coordinatore per la sicurezza: devono essere specificamente valutate le circostanze concrete in cui si è verificato l'evento* » 627

SALVATORE DE BONIS *La configurabilità del delitto di «manovre speculative su merci» nel caso di vendita, al tempo del coronavirus, di mascherine protettive ad un prezzo irragionevolmente elevato* » 639

Pagine senza tempo

IACOPO BENEVIERI, *Parole criptiche: il primo processo penale sul "gergo" del crimine* » 649

TRA POLITICA E GIUSTIZIA: LA RIFORMA CARTABIA

Giorgio Spangher*

1. Dopo una lunga e travagliata vicenda parlamentare e governativa, è stata approvata la legge Cartabia di riforma della giustizia penale.

Avviata dal Ministro Bonafede, con A.C. 2435 che ha accolto al suo interno anche le implicazioni processuali della sospensione della prescrizione con la sentenza di primo grado, in conseguenza di quanto previsto con la l. n. 3 del 2019 (c.d. Spazzacorrotti), la riforma ha avuto varie vicissitudini in relazione al mutato orizzonte politico culminato nella nascita del Governo Draghi e alla necessità di adempiere agli impegni assunti in sede europea.

Al fine di ottenere gli stanziamenti del P.N.R.R. era necessaria una riforma capace di abbattere del 25% il carico giudiziario ed i tempi dei processi penali.

È stato quindi necessario intervenire sulla struttura del progetto Bonafede, già incardinato alla Camera, e trovare una risposta alle riferite negative implicazioni della sospensione del corso della prescrizione che, mancando, a differenza della precedente riforma Orlandi (l. n. 103 del 2017), tempi certi di celebrazione della fase di gravame, rischiava di vedere l'imputato sottoposto "a vita" al procedimento penale.

Per l'elaborazione di questo insieme di previsioni, la Ministra Cartabia ha insediato una Commissione di studio, presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi, il cui elaborato è stato poi emendato, a più riprese dal Governo che ha avviato una complessa fase di mediazione con le forze politiche che sostengono il Governo.

Il frutto di tale labirintico percorso è appunto la L. 134 del 2021, nella quale è conservata la doppia "anima" iniziale costituita da una legge delega e da alcune previsioni connesse alla prescrizione di immediata operatività.

* Professore Emerito di Diritto Processuale Penale, Università La Sapienza di Roma.

Approvato con la tecnica del maxi emendamento, il provvedimento, infatti, si sostanzia in 2 soli articoli strutturati in più commi (i vecchi articoli appunto).

2. La delega tocca quasi tutti i settori della materia processuale (esclusa la fase esecutiva) ed è accompagnata da una significativa riforma del sistema sanzionatorio che aspira al superamento della logica carceraria del nostro sistema penale.

Al fianco di aggiustamenti e di meccanismi che hanno evidenziato criticità e riserve che si cerca di perfezionare e aggiustare in una logica di funzionalità ed efficienza, c'è indubbiamente – pur nella profonda differenza di approccio tra il modello Lattanzi e quello Cartabia – una idea di processo che cerca di perseguire il modello di giustizia -25% ma con la proiezione al suo consolidamento.

Sotto il profilo di messa a punto di meccanismi processuali che hanno evidenziato maggiori criticità, ovvero che anche alla luce delle non pienamente condivise, o addirittura censurate decisioni giurisprudenziali lesive dei diritti costituzionalmente garantiti non possono non segnalarsi le direttive in tema di notificazioni, di disciplina dell'assenza e soprattutto delle indagini preliminari dove vanno segnalate le direttive in tema di iscrizione soggettiva ed oggettiva della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. con possibilità della retrodatazione disposta dal gip su richiesta dell'imputato; la disciplina del tempo delle indagini e delle tempistiche delle iniziative dell'accusa; la disciplina dei c.d. criteri di priorità dell'azione investigativa.

Non mancano, inoltre, anche profili più strettamente strutturati legati ad una diversa distribuzione delle competenze (giudice monocratico) e dei percorsi processuali (udienza predibattimentale del rito monocratico).

Non mancano anche previsioni più strettamente strutturali dell'apparato giudiziario: informatizzazione degli uffici, digitalizzazione dell'attività processuale, processo telematico e a distanza; incremento di risorse umane (l'ufficio del processo) e materiali (dotazioni).

3. Come anticipato, innestato sull'impianto Bonafede, essendo impossibile per ragioni politiche prescindere dall'A.C. 2435, la riforma costruisce una ipotesi di modello processuale teso alla realizzazione delle richieste (vere o presunte) europee della giustizia -25%. A prescindere se questo obiettivo sia stato raggiunto nella stesura finale del documento di delega, va sicuramente evidenziato comunque il diverso approccio dell'elaborato della Commissione Lattanzi (certamente più in linea con quell'obiettivo) rispetto al testo varato dal Parlamento.

Cercando di sintetizzare in termini strutturali il modello della Commissione deve dirsi che, posto l'obiettivo finale, questo si ipotizza di perseguire facendo, inizialmente, base sulla riforma del sistema sanzionatorio.

Questa premessa, che fa leva sulle pene pecuniarie e su sanzioni sostitutive della detenzione, quindi – in sintesi – su di un sistema sanzionatorio

meno afflittivo, permette di sviluppare una caduta nel sistema processuale che fa capo a due ulteriori elementi: una valutazione in termini di previsione di condanna da parte del p.m. e del giudice dell'udienza preliminare alla base dei provvedimenti di archiviazione e della sentenza di non luogo, con l'obiettivo di indurre l'imputato all'accesso alle definizioni anticipate del processo che vengono significativamente incrementate nel numero e soprattutto nella premialità.

Sono così previste, in rapida elencazione: ampliamento delle ipotesi di perseguibilità a querela; estinzione delle contravvenzioni per adempimento della prestazione determinata da un organo accertatore; archiviazione meritata (sul modello dei reati ambientali e di quelli sulla sicurezza del lavoro); l'ampliamento delle ipotesi che consentono la definizione del processo per la tenuità del fatto; la più ampia possibilità di accedere alla sospensione e messa alla prova; le condotte riparatorie; la giustizia riparativa; l'ampliamento delle condizioni per l'emissione del decreto penale di condanna; l'abbattimento della metà della pena prevista in concreto per definire il processo con la pena patteggiata dove si prevede anche l'esclusione delle ipotesi ostative; rito abbreviato condizionato celebrato in dibattimento "concepito come ultima chiamata"; conferma del concordato in appello senza preclusioni di reato.

Non mancano anche ipotesi che cercano di arginare gli sviluppi processuali: disincentivi premiali alla proponibilità dei gravami; sentenza inappellabile di non doversi procedere in caso di impossibilità di procedere in assenza; previsioni di decisioni inappellabili relativamente a reati puniti con la pena pecuniaria.

A questi elementi di exitstrategy si affiancava, a loro completamento, una riscrittura dell'appello che escludeva la legittimazione del p.m., condizionava a motivi tassativi predeterminati la proposizione da parte dell'imputato che con ulteriori incentivi premiali veniva scoraggiato a proporre gravame.

Le diverse resistenze delle forze politiche all'impianto sanzionatorio, premiale e processuale, all'impostazione della Commissione Lattanzi e la loro necessità di indicare la loro presenza nella riforma hanno condotto ad un ripensamento complessivo del modello, nel quale tutto deve tenersi nella necessaria individuazione di un minimo comune denominatore, di un punto di caduta che coaguli le diverse esigenze.

Rimasta ormai solo nelle auspiccate premesse, di fatto superate, le esigenze europee del -25%, la riforma modifica la regola di giudizio, elevandola rispetto all'art. 125 disp. att. c.p.p., ma ridimensionandola rispetto alla riferita proposta Lattanzi, attenua gli indici del sistema sanzionatorio, disciplina al "ribasso" la premialità dei riti speciali, alcuni dei quali non erano riproposti.

Completava il modello la ribadita legittimazione del pubblico ministero ad appellare e la riproposizione della disciplina dell'appello da parte dell'imputato con la previsione di alcune modifiche procedurali ma soprattutto onerando lo stesso di adempimenti documentali e della specificità delle critiche alla sentenza appellata e di specificità delle richieste al giudice di secondo grado.

4. Come anticipato, la riforma oltre alla legge delega (alla quale si è fatto sino ad ora cenno, sia per la parte del processo penale, sia per quella del sistema sanzionatorio), contiene anche la nuova disciplina delle implicazioni della sospensione (diventata ora cessazione ex art. 161-*bis* c.p.) del decorso della prescrizione con la sentenza di primo grado. Si tratta, infatti, di raccordare questa disposizione con lo sviluppo successivo del processo, innovando rispetto alla disciplina di cui alla l. n. 103 del 2017, che non prevedeva tempi di definizione delle fasi di gravame, consegnando l'imputato ad un processo "senza fine".

La soluzione al problema è stata individuata nell'introduzione nel codice di procedura penale attraverso una scansione dei tempi per la celebrazione dell'appello e del ricorso per cassazione il cui rispetto determina la pronuncia di una decisione di improcedibilità per mancato rispetto della durata ragionevole del processo che trova collocazione all'art. 344-*bis* del codice di procedura penale.

Si prevede, infatti, che l'azione penale divenga improcedibile qualora il grado di appello non si concluda entro il termine di due anni (nuovo art. 344-*bis*, comma 1, c.p.p.) e qualora il giudizio di Cassazione non si concluda entro un anno (nuovo art. 344-*bis*, comma 2, c.p.p.); il *dies a quo* è fissato nel "novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'art. 544, come eventualmente prorogato ai sensi dell'art. 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del presente codice, per il deposito della motivazione della sentenza" (nuovo art. 344-*bis*, comma 3, c.p.p., ossia da novanta giorni secchi; in caso di motivazione contestuale, fino al 270° giorno dalla pronuncia di primo grado, in caso di concessione della massima proroga per il deposito dei motivi). I riferiti termini di fase sono in linea con quanto previsto dalla Legge Pinto in relazione al principio di durata ragionevole del processo (art. 111 Cost. e 6 Cedu).

È previsto peraltro che il giudice precedente - con ordinanza motivata - possa prorogarli, rispettivamente, per un periodo non superiore all'anno (in appello) e per un periodo non superiore a sei mesi (in Cassazione) nel caso di giudizio (valutato come) particolarmente complesso "in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare" (art. 344-*bis*, comma 4, c.p.p.).

Qualora si tratti di taluni delitti di criminalità organizzata o sessuali di particolare gravità - quelli previsti agli artt. 270, comma 3, 306, comma 2, 416-*bis*, 416-*ter*, 609-*bis*, nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., nonché i delitti aggravati ai sensi dell'art. 416-*bis*.1, primo comma, c.p. e il delitto di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 - il giudice può disporre "Ulteriori proroghe", della medesima durata di quelle appena viste e sempre che risulti una notevole complessità del giudizio (art. 344-*bis*, comma 4, c.p.p.).

Qualora si proceda per i delitti aggravati ex art. 416-*bis* 1, primo comma, c.p., "i periodi di proroga non possono superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione", ossia

tre anni che si aggiungono ai due anni “ordinari” in appello e un anno e sei mesi che si aggiungono all’anno “ordinario” avanti alla Suprema Corte (art. 344-*bis*, comma 4, c.p.p.).

Da quest’ultima specificazione si può desumere che negli altri casi di delitti di particolare allarme sociale per cui sono possibili “Ulteriori proroghe”, queste ultime non sono vincolate a nessun tetto massimo, apparendo replicabili (sempre che il giudicante ravvisi la particolare complessità della trattazione); “senza limiti di tempo (non è dunque fissato un limite di durata per tali giudizi)”. Siffatto meccanismo di reiterazione delle proroghe motivato con la difficoltà di prefissare in astratto termini ragionevoli delle fasi processuali, suscita non poche perplessità alla luce del principio di determinatezza, poiché per tal via si apre la possibilità di processi “a tempo indeterminato”.

L’ordinanza di proroga è ricorribile per cassazione; in caso di rigetto o di inammissibilità, “la questione non può essere riproposta con l’impugnazione della sentenza” (art. 344-*bis*, comma 5, c.p.p.).

Oltre all’estensione alla nuova prescrizione processuale delle cause di sospensione di cui all’art. 159, comma 1, c.p.p., è previsto che il corso della improcedibilità resta sospeso per il tempo occorrente alla rinnovazione istruttoria ma per un periodo che tra un’udienza e quella successiva non può comunque eccedere sessanta giorni (art. 344-*bis*, comma 6, c.p.p.) e, pertanto, in caso di più udienze il termine di sospensione si reitera.

I termini di fase sono altresì sospesi quando è necessario procedere a nuove ricerche dell’imputato per la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello o degli avvisi da parte della Corte di Cassazione all’imputato privo di difensore di fiducia; l’effetto sospensivo si estende a tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo e opera dalla data in cui l’autorità giudiziaria dispone le nuove ricerche sino alla data in cui la notificazione è effettuata (art. 344-*bis*, comma 6, c.p.p.).

Come la prescrizione sostanziale, anche quella processuale è rinunciabile dall’imputato (art. 344-*bis*, comma 7, c.p.p.) e non ha ad oggetto i delitti (autonomi o circostanziati) puniti con l’ergastolo (art. 344-*bis*, comma 9, c.p.p.).

Al fine di evitare un impatto forte delle nuove scansioni in realtà oberate da notevoli carichi giudiziari non ci sono previsioni per le – limitate – modifiche alla prescrizione del reato (operando quindi le regole generali di cui all’art. 2 c.p.), per la causa di improcedibilità è disposta una retroattività “mitigata”, essendo previsto che la previsione si applichi ai reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020 (data di entrata in vigore della l. n. 3 del 2019); tuttavia, nei procedimenti nei quali l’impugnazione è proposta entro il 31 dicembre 2024 e nei giudizi conseguenti ad annullamento con rinvio pronunciato prima del 31 dicembre 2024 i termini di fase non sono quelli “ordinari” (due anni in appello, un anno in Cassazione), bensì termini prolungati, ossia tre anni per il giudizio d’appello e un anno e sei mesi per il ricorso in Cassazione, ma anche conseguentemente il tempo per i reati della fascia intermedia.

5. Sono numerose, com'è facile intuire, le ricadute sia in termini di legittimità costituzionale, sia sotto l'aspetto più strettamente processuale che la norma implica (legittimità dalla previsione; ragionevolezza del sistema ibrido così concepito tra prescrizione e improcedibilità; ragionevolezza delle scansioni tra i vari reati; poteri del giudice nel disporre le proroghe e tassatività dei relativi presupposti).

Non mancano carenze normative e dubbi interpretativi nell'orizzonte applicativo della previsione.

Sono facili da delineare due situazioni di un certo rilievo. Innanzitutto, si dovrebbe ritenere che la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione prevalga sulla declaratoria di improcedibilità.

In secondo luogo, non appare infondato sostenere che con la declaratoria di improcedibilità, non c'è né condanna, né proscioglimento. Sono assorbite le precedenti decisioni sia di condanna, sia di assoluzione; si caducano le misure cautelari personali (anche quelle a tutela della vittima) e quelle reali; l'imputato perde il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione; vengono meno i provvedimenti civili provvisoriamente esecutivi nonché le decisioni di confisca; nessuna decisione sul querelante; si prospettano questioni sul valore probatorio del materiale in un altro procedimento; in caso di annullamento con rinvio per la determinazione della pena viene meno il giudicato sulla responsabilità; forse l'imputato può avvalersi della legge Pinto.

Questi due elementi non possono non rafforzare gli interrogativi di costituzionalità della nuova ipotesi definitoria, nonché le carenze normative che essa prospetta.

Resterà, altresì, necessario considerare, al di là delle possibili modifiche alla norma base ed alle citate carenze normative, come il nuovo meccanismo si inserirà nella riforma del giudizio d'appello di cui alla delega, dove sono previste oltre a quelle già citate ulteriori nuove regole.

6. Si tratta, in conclusione, di una riforma complessa che richiederà una attenta valutazione da parte degli operatori della giustizia e che dovrà misurarsi sulla frastagliata geografia giudiziaria del nostro Paese, nella differenziazione dei carichi di lavoro nei diversi uffici giudiziari e nella diversità dei fenomeni criminali tra le corti d'appello, nonché sui comportamenti processuali delle parti.

CONSIDERAZIONI 'A PRIMA LETTURA' SU DEFLAZIONE PROCESSUALE, SISTEMA SANZIONATORIO E PRESCRIZIONE NELLA L. 27 SETTEMBRE 2021, N. 134, C.D. RIFORMA CARTABIA

Antonio Cavaliere*

Sommario: I. Premesse generali. – I.1. Fini e mezzi. – I.2. Una corposa novella a due velocità. – II. Le strategie di deflazione e accelerazione: problemi di garanzie e di efficienza. – II.1. Rinvio. – II.2. Le deleghe relative alle indagini preliminari. I criteri di priorità e il contrasto con l'art. 112 Cost.: efficienza o efficientismo? – II.2.1. Il nuovo criterio di giudizio per l'esercizio dell'azione penale. Una svista legislativa. – II.3. Il nuovo criterio di giudizio come asserito strumento deflattivo nell'udienza preliminare e in quella 'predibattimentale'. – II.4. Incentivi alla 'giustizia contrattata'. – II.5. Cenni su deflazione e appello. – II.6. Ufficio per il processo: qualche inquietudine. – II.7. Un provvisorio sguardo d'insieme. – III. Gli interventi sul sistema sanzionatorio penale. – III.1. Pena pecuniaria. – III.2. Sanzioni sostitutive: luci ed ombre. – III.3. Ipotesi di non punibilità in concreto e *diversion*. – III.3.1. Un cenno alla delega in tema di giustizia riparativa. – III.3.2. La particolare tenuità del fatto. – III.3.3. L'ampliamento della sospensione del procedimento con messa alla prova. – III.4. *De profundis* per la depenalizzazione? – IV. Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale. – IV.1. Un obiettivo condivisibile in un contesto difficile. – IV.2. Un cenno alle proposte della Commissione Lattanzi. – IV.3. Una premessa essenziale sui fondamenti della prescrizione del reato e della prescrizione dell'azione penale e sulla loro possibile interazione. – IV.4. La riforma Cartabia in tema di prescrizione: primi rilievi critici. – IV.5. Proroghe e sospensioni. – IV.6. Il triplo binario. La ragionevole durata del processo non è uguale per tutti? – IV.7. Un errore di fondo, in continuità con la riforma Bonafede. – IV.8. L'irretroattività e il rischio di frode delle etichette. – IV.9. Ancora una soluzione contingente e inadeguata al problema della prescrizione.

ABSTRACT

Il lavoro sottopone a critica alcuni profili della recente riforma, segnatamente in tema di deflazione processuale – criteri di priorità, giustizia contrattata, Ufficio per il processo –; di sistema sanzionatorio, con particolare riguardo a sanzioni sostitutive, diversion e particolare tenuità del fatto; di prescrizione ed improcedibilità.

This essay contains a criticism on some aspects of the recent reform, concerning in particular: 1) the deflation measures aimed at ensuring a speedy trial, 2) the new provisions on the criminal sanction system; 3) the new rules on statute of limitations.

* Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

I. Premesse generali.

I.1. Fini e mezzi.

La riforma Cartabia mira al raggiungimento di obiettivi senz'altro condivisibili: riduzione del carico di procedimenti penali; ragionevole durata dei procedimenti; ampliamento delle possibilità di evitare il carcere in rapporto a reati anche non lievi, laddove possibile. Dunque, meno processi penali e più pronti e meno carcere. Tutto ciò merita preliminarmente apprezzamento.

Tuttavia, fin dall'inizio pare prevalere una riduttiva visione 'endoprocesuale' dei problemi della giustizia penale, a discapito di una più ampia visione integrata del sistema, che abbracci il diritto sostanziale. L'art. 1 co. 1 sancisce che le numerose deleghe legislative contenute nel lungo articolo avrebbero «finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive». Anche quelle relative alla pena pecuniaria e all'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive? Non direi, ma questa indicazione generale di obiettivi costituisce un primo segnale della visione riduttiva di cui sopra; e le stesse direttive volte alla decarcerizzazione riflettono un orientamento alquanto timido ed angusto, come si cercherà di argomentare in seguito.

Ad ogni modo, non si può non rilevare un netto e lodevole mutamento di indirizzo rispetto al 'giustizialismo' ed al populismo che hanno caratterizzato la politica della giustizia penale nel recente passato. Altra caratteristica meritevole di valutazione positiva è l'impegno verso una riforma ampia, seppure novellistica - che, va ricordato, viene realizzata innestando una serie di emendamenti su un d.d.l. varato da una diversa compagine governativa -; una riforma che agisca su più fronti, in vista di uno scopo sostanzialmente unitario. Che un tale provvedimento sia stato approvato dal Parlamento nonostante l'eterogeneità delle forze che compongono l'attuale maggioranza costituisce senz'altro un esito di grande rilievo¹; esito, naturalmente, reso possibile dal collegamento di mezzo a scopo instaurato tra la 'riforma' (o qualche modifica significativa) del processo penale e il finanziamento europeo e dall'argomento - per la verità un po' abusato - «vuolsi così a Bruxelles... e più non dimandare».

Ma la questione che bisogna porre - e su cui si sono incentrate diffuse critiche alla riforma - è se i mezzi impiegati siano adeguati agli scopi e conformi ai principi costituzionali. E, al di là di ciò, c'è da chiedersi se la stessa scelta dei mezzi non rifletta, come ho accennato, una certa miopia o timidezza nell'individuazione degli scopi stessi, sia pur nella debita considerazione della 'delicatezza' dell'argomento PNRR.

¹ Pone in evidenza i fattori di contesto cui si accenna nel testo F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021, 1-2.

1.2. Una corposa novella a due velocità.

La l. n. 134/2021 costituisce una corposa novella racchiusa in appena due articoli, ma ben lunghi: l'art. 1, che consta di 28 commi, contiene una delega legislativa articolata su diversi piani di intervento; l'art. 2, in 24 commi, introduce invece direttamente innovazioni, principalmente in materia di prescrizione. Incidentalmente, va rilevato un dato al quale siamo ormai 'assuefatti', ma indebitamente: la struttura del provvedimento, in due articoli di oltre 20 commi ciascuno, elude il principio costituzionale – espressivo di una corretta democrazia parlamentare – per cui le leggi vanno approvate articolo per articolo. Si assiste, dunque, all'ennesima approvazione 'all'ingrosso' di un provvedimento, di iniziativa governativa, consistente in una nutrita e diversificata serie di misure significative in materia penale; alcune condivisibili e 'votabili', altre non condivisibili e talora problematiche sul piano della stessa legittimità costituzionale.

Sulla 'doppia velocità' che caratterizza la riforma – delega nell'art. 1, immediata riforma della prescrizione nell'art. 2 – ritengo vadano svolte due considerazioni. In primo luogo, la sfasatura risulta, certo, comprensibile, in quanto volta a disinnescare subito il conflitto politico in materia di prescrizione, sancendo, attraverso l'introduzione della prescrizione dell'azione penale in fase di impugnazione, il (tendenziale, v. *infra*, IV) superamento dell'idea di una 'giustizia infinita', incompatibile almeno con la ragionevole durata del processo, ma non solo. Tuttavia, tale sfasatura – come era stato rilevato dalla Commissione Lattanzi nella Relazione finale sui lavori svolti² –, oltre a non essere necessaria, impedisce una più razionale ed ampia revisione della disciplina della prescrizione e non è priva di insidie. In particolare, la ragionevolezza della riforma in materia di prescrizione – ovvero la sua conformità allo scopo di assicurare non solo la ragionevole durata del processo, ma anche l'accertamento processuale dei fatti e delle eventuali responsabilità penali e la tutela di beni giuridici – appare strettamente legata, nel disegno del legislatore, all'attuazione delle deleghe contenute nell'art. 1. Soltanto allorché esse saranno attuate potrà diminuire, secondo il legislatore, il carico di procedimenti in dibattimento e in fase di impugnazione e soltanto in tal caso potranno risultare congrui i termini di improcedibilità per prescrizione dell'azione penale previsti all'art. 2. In altri termini, in assenza dell'attuazione delle deleghe – che, per quanto molto probabile, non può considerarsi scontata, almeno non per tutte –, appare arduo realizzare, in particolare, l'obiettivo di concludere i processi di appello in due anni – ma anche nei tre anni previsti

² V. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, COMMISSIONE DI STUDIO PER ELABORARE PROPOSTE DI RIFORMA IN MATERIA DI PROCESSO E SISTEMA SANZIONATORIO PENALE, NONCHÉ IN MATERIA DI PRESCRIZIONE DEL REATO, ATTRAVERSO LA FORMULAZIONE DI EMENDAMENTI AL DISEGNO DI LEGGE A.C. 2435, RECANTE DELEGA AL GOVERNO PER L'EFFICIENZA DEL PROCESSO PENALE E DISPOSIZIONI PER LA CELERE DEFINIZIONE DEI PROCEDIMENTI GIUDIZIARI PENDENTI PRESSO LE CORTI D'APPELLO, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, reperibile in www.giustizia.it, 51.

dalla disciplina transitoria per le impugnazioni proposte fino al 31 dicembre 2024 -, in quelle sedi giudiziarie in cui i tempi sono attualmente ben più lunghi.

In secondo luogo, va evitata un'ulteriore 'assuefazione indebita': quella alla delega legislativa in materia penale. Naturalmente, nel caso di specie non può ignorarsi che il ricorso alla delega sia stato scelto sotto la ricordata pressione di esigenze di speditezza in funzione dei finanziamenti europei ed allo scopo di superare problemi di consenso all'interno della maggioranza parlamentare. Ma, da studioso di diritto penale sostanziale, continuo a ritenere, con una parte non trascurabile della dottrina, che il ricorso alla delega sia in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2-3 Cost.³. In particolare, l'art. 1 contiene alcune deleghe al Governo eccessivamente ampie e generiche: mi riferisco soprattutto a quelle in materia di pena pecuniaria, co. 16, e di giustizia riparativa, co. 18.

Relativamente all'art. 1, per una valutazione compiuta della riforma bisognerà attendere l'attuazione delle deleghe; tuttavia, è già possibile una prima valutazione, sia di carattere generale sull'intero provvedimento legislativo che su alcuni principi e criteri direttivi della delega.

II. Le strategie di deflazione e accelerazione del procedimento penale: problemi di garanzie e di efficienza

II.1. Rinvio.

La delega persegue, come ho ricordato, «finalità di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive». Lascio agli studiosi di diritto processuale il delicato compito di verificare se le deleghe e la loro attuazione in materia di processo penale telematico, art. 1 co. 5; notificazioni, art. 1 co. 6; processo in assenza, art. 1 co. 7; partecipazione a distanza con il consenso delle parti, art. 1 co. 8 lett. c, in relazione alle quali ricorre più volte l'espressa menzione di obiettivi di "celerità ed efficienza", riescano a coniugare tali obiettivi con le necessarie garanzie individuali, in particolare quella di un'effettiva partecipazione dell'imputato al procedimento.

II.2. Le deleghe relative alle indagini preliminari. I criteri di priorità e il contrasto con l'art. 112 Cost.: efficienza o efficientismo?

Tra gli interventi sul procedimento penale, quelli contenuti nell'art. 1 co. 9 riguardano indagini e udienza preliminare.

Alcuni sono volti direttamente ad assicurare una maggior celerità in relazione alle indagini preliminari e alle determinazioni del p.m. relative all'e-

³ Cfr. per tutti G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, 56-58.

esercizio dell'azione penale. Così è per le deleghe concernenti le modifiche in tema di durata delle indagini, la definizione di termini per le suddette determinazioni, l'individuazione di una disciplina volta a superare la "stasi" del procedimento: delega, quest'ultima, completamente in bianco. Allo stesso obiettivo, oltre che a condivisibili finalità di garanzia per l'indagato, sono rivolte le deleghe in tema di verifiche circa la tempestiva iscrizione del nome dell'indagato ai sensi dell'art. 335 c.p.p., art. 1 co. 9 lett. *q e r* l. n. 134/2021.

Un ulteriore intervento contenuto nel co. 9 è invece rivolto all'obiettivo della deflazione, che, indirettamente, potrebbe contribuire alla celerità dei restanti procedimenti. Incidentalmente, va rilevato che allo stesso obiettivo tende pure la delega – solo parzialmente determinata – all'estensione delle ipotesi di procedibilità a querela, di cui al co. 15 dell'art. 1 l. n. 134/2021. La delega di cui al co. 9, lett. *i*, però, affida la deflazione processuale a scelte discrezionali delle Procure: si prevede che esse, «nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre».

Una tale disciplina risulta palesemente problematica in rapporto all'art. 112 Cost. In proposito, va premesso che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, naturalmente, non va inteso – come talvolta però sembra ancora accadere – nel senso che il pubblico ministero sia vincolato a perseguire penalmente l'accusato, quasi che chiedere l'archiviazione di un procedimento sia una violazione dell'art. 112 Cost. (!); sebbene, infatti, il codice di rito vigente ponga in alternativa archiviazione ed esercizio dell'"azione penale", la Costituzione fa riferimento ad un concetto più ampio ed astratto di azione penale, che abbraccia pure la fase delle indagini preliminari ed anche la richiesta di archiviazione⁴. L'obbligatorietà dell'azione penale vincola invece il p.m. – e, si badi, lo stesso legislatore! – al rispetto di principi di legalità ed eguaglianza in ogni attività del p.m., dall'inizio alla fine del procedimento penale⁵; non a caso, nella dottrina tedesca il concetto di obbligatorietà dell'azione penale è espresso con il termine *Legalitätsprinzip*, in contrapposizione ad un *Opportunitätsprinzip* che autorizzerebbe, invece, un agire del p.m. orientato a scelte discrezionali di opportunità⁶.

⁴ Sulla risalente disputa intorno al concetto di azione penale, si vedano soprattutto le esaustive ricostruzioni critiche contenute nella raccolta di saggi di M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, 20 ss., 31 ss., e nell'elegante studio di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli, 1966, p.19 ss.; cfr. inoltre tra gli altri spec. T. BENE, *La dogmatica dell'azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*, Napoli 1997, *passim*.

⁵ Per il collegamento tra il principio di obbligatorietà e quelli di legalità ed eguaglianza, cfr. già Corte Cost., sent. n. 84/1979, in *Giur. cost.*, 1979, I, 637, con nota di S. BARTOLE, *Prospettive nuove in tema di pubblico ministero?*, 871 ss.; Corte cost., sent. n. 88/1991, in *Cass. pen.*, 1991, 207; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 96-97.

⁶ Cfr. ad es. K. VOLK, *Grundkurs StPO*, 7. Aufl., München 2010, 23.

Come accennavo, lo stesso legislatore è vincolato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ovvero a legalità ed eguaglianza. Può, quindi, ben prevedere ipotesi precisamente descritte di archiviazione, oppure condizioni di procedibilità⁷, purché eguali per tutti – ragion per cui, ad esempio, con una risalente sentenza della Corte costituzionale fu dichiarato illegittimo l'art. 16 c.p.p. Rocco, che conferiva «al Ministro di grazia e giustizia» il potere «di concedere o negare l'autorizzazione a procedere a carico degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza per fatti compiuti in servizio, e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica», per il ritenuto contrasto, oltre che con l'art. 28, più in generale con l'art. 3 Cost.⁸ –; ma, all'opposto, il legislatore non può, ad esempio, prevedere che la scelta del p.m. tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale sia discrezionale ed orientata a scelte di 'opportunità', e soprattutto non può affidare ai p.m. o alle Procure scelte discrezionali di "priorità" che equivalgono, negli effetti, ad un esercizio discrezionalmente selettivo dell'azione penale.

Sotto tale aspetto, l'ipotesi, da tempo discussa in dottrina ed ora prevista dalla delega, di affidare ad una legge del Parlamento – non a meri atti d'indirizzo, che sarebbero chiaramente in contrasto con l'art. 112 Cost. – l'individuazione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale potrebbe in sé risultare accettabile, in quanto conforme a legalità; ma sul piano dell'eguaglianza appare alquanto problematica. Il Parlamento dovrebbe stabilire in via generale – non anno per anno con un atto di indirizzo, come era stato problematicamente proposto in passato⁹, ma, ripeto, con legge¹⁰ – che alcuni reati vengano perseguiti prioritariamente (il che, visto il rischio di prescrizione, può voler dire esclusivamente) ed altri no? E quali dovrebbero mai essere tali criteri legislativi di priorità? Gli unici criteri che il Parlamento potrebbe, forse, legittimamente fissare paiono essere quelli della gravità del reato per cui si procede e, a parità di gravità, quello cronologico. Altri criteri – per quanto siano ormai 'consolidati' e ci sia indebitamente assuefatti ad essi – risultano problematici e potrebbero dar luogo ad esiti iniqui.

In effetti, si potrebbe essere tentati di codificare anche per le indagini – come in parte già è avvenuto nella prassi – una disciplina delle priorità analoga a quella prevista dall'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., secondo cui, nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, dev'essere data "priorità assoluta" ad un elenco di procedimenti relativi a determinati reati.

⁷ In argomento, cfr. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 36 ss., 120 ss.; O. DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 410; G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, IV, *La magistratura (artt. 111-113)*, Bologna-Roma, 1987, 46 ss.; G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversion nel sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1494-1495.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 94/1963, in www.cortecostituzionale.it.

⁹ Cfr. ad es. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 136.

¹⁰ In tal senso, L. MARAFIOTI, *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità «di fatto»*, in *Cass. pen.*, 1992, 214.

Ma si tratta di una disciplina gravemente problematica, di taglio casistico ed emergenziale, caratterizzata da non poche discriminazioni arbitrarie; una disciplina la cui estensione – laddove compatibile – alla fase delle indagini sarebbe francamente inquietante. Ad esempio: viene data priorità assoluta ai procedimenti per il reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. – ex art. 132-*bis* co. 1 lett. *a-bis* disp. att. c.p.p. –, anche rispetto alle lesioni gravissime ed allo stesso reato di tortura (sic!), art. 613-*bis* c.p., che non rientrano nella lista delle priorità. Si è data priorità assoluta ai procedimenti per omicidio e lesioni colpose commessi nei casi di legittima difesa domiciliare o di eccesso non punibile ex art. 55 co. 2 c.p. – v. co. 1 lett. *a-ter* dello stesso art. 132-*bis*, introdotto dall'art. 9 co. 1 l. n. 36/2019, contenente l'ennesima riforma in materia di legittima difesa domiciliare. Tuttavia, non si riesce ad intendere perché non si dia la stessa priorità pure agli omicidi colposi commessi in legittima difesa non domiciliare oppure nell'uso legittimo delle armi o in stato di necessità. Si dà priorità assoluta ai delitti in materia di immigrazione – co. 1 lett. *b* dello stesso art. 132-*bis* – compreso, dunque, ad esempio il delitto di cui all'art. 12 co. 5-*bis* t.u. immigr., consistente nel dare alloggio ad uno straniero irregolare; ma perché mai dare priorità a tali delitti, e perché non dare piuttosto priorità al delitto di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-*bis* c.p.? E perché si è data “priorità assoluta” alle falsità commesse dall'immigrato in materia di permesso di soggiorno, art. 5 co. 8-*bis* t.u. immigr, rispetto a qualunque falsità in atti prevista dal codice penale? Ancora, viene assegnata “priorità assoluta” ai procedimenti per corruzione propria rispetto a quelli per peculato – co. 1 lett. *f-bis* dello stesso articolo, introdotto dall'art. 1 co. 74 l. n. 103/2017, c.d. riforma Orlando –: ma il peculato ha un massimo edittale più elevato ed è dunque reato più grave, ai sensi dell'art. 16 co. 3 c.p.p.! Ancora, hanno priorità assoluta i procedimenti «nei quali l'imputato è stato sottoposto ad arresto o a fermo di indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale, anche revocata o la cui efficacia sia cessata», co. 1 lett. *d* dello stesso art. –: dunque, il p.m. potrebbe disporre il fermo di qualcuno o chiedere una misura cautelare ed in tal modo assegnare la priorità a quel procedimento in rapporto ad un singolo indagato. Infine, tra gli ulteriori casi di “priorità assoluta”, ricordiamo quella data «ai processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato», co. 1 lett. *f*. Potrebbe sembrare una regola ragionevole, data la finalità di speditezza che caratterizza questi due riti alternativi; ma la giustizia penale “per direttissima” è quella con minori garanzie difensive, che spesso colpisce soggetti marginali, malamente assistiti, in relazione a forme di delinquenza ‘di strada’. Una sorta di ‘discarica processuale’, cui viene data priorità assoluta; con gli annessi effetti sulla popolazione carceraria.

La mera elencazione delle iniquità contenute nell'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. dovrebbe essere sufficiente, non solo a ravvisare l'incostituzionalità di tale disposizione, ma anche a comprendere i gravissimi rischi insiti nell'individuazione ad opera del Parlamento di criteri di priorità dell'esercizio dell'azione penale.

Ma se è già gravemente problematica la legittimità di criteri di priorità di fonte legislativa, del tutto incompatibile con l'art. 112 Cost. è la previsione secondo cui, «nell'ambito di criteri generali» indicati dal Parlamento, le singole Procure dovrebbero individuare criteri di priorità. Tutti sanno che ciò avviene, di fatto, almeno dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, quando furono emanate le prime circolari della Procura di Torino al riguardo, con tanto di elenchi di reati da perseguire prioritariamente a discapito di altri¹¹. Ne sono seguite tante altre e lo stesso C.S.M. ha contribuito al consolidamento di tale prassi. Ma si tratta di una prassi che non può essere legalizzata ed alla quale non ci si deve indebitamente assuefare, perché è contraria a Costituzione¹². Una prassi che dà luogo ad altrettanti sistemi di applicazione della legge penale quante sono le Procure: a Napoli si perseguono prima le usure delle rapine, a Roma magari il contrario? Ed alla nomina del nuovo Procuratore, cambieranno le priorità?

Certo, in tempi di esaltazione del cosiddetto 'diritto vivente' a spese della legalità, si potrebbe affermare che è del tutto superata l'idea del p.m. o della Procura *bouche des lois* e si potrebbe sostenere che, in fondo, criteri di priorità avrebbero la funzione di vincolare una discrezionalità comunque ineliminabile, vista l'ipertrofia del sistema penale e la scarsità delle risorse dell'amministrazione della giustizia penale, evitando che si proceda in modo causale o che a decidere sia il singolo p.m. e non il Procuratore, ossia il capo dell'ufficio. Qui rileverei, incidentalmente e sommamente, che secondo l'art. 107 co. 3 Cost. «i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni»; ma anche l'art. 101 co. 2 Cost. – prima di un singolare intervento della Redazione, con cui si corresse il testo definitivo risultante dai lavori dell'Assemblea Costituente – prevedeva che i “magistrati” e non soltanto i “giudici” fossero soggetti solo alla legge¹³. Dunque, una gerarchizzazione degli uffici è quantomeno problematica; risparmio al lettore considerazioni ulteriori sui rapporti tra tale gerarchizzazione e certi fenomeni carrieristici e di 'correnti' associative in seno alla magistratura.

In un ordinamento costituzionale che contiene i principi di eguaglianza, stretta legalità e obbligatorietà dell'azione penale, non può spettare alle Procure individuare criteri discrezionali di priorità dell'esercizio dell'azione penale. Perché ciò significa che il Parlamento rimette alle Procure, ai capi degli uffici, scelte politiche in materia di giustizia penale, relative alle 'priorità tra le priorità'; per esempio, a Scilla si potrebbe dare priorità ai reati di traffico

¹¹ V. Corte d'Appello di Torino, Procura generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Torino, Circolare 8 marzo 1989, con commento di V. ZAGREBELSKY, *Una «filosofia» dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, in *Cass. pen.*, 1989, 1615 ss.

¹² In argomento, cfr. spec. le considerazioni critiche di M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in AA.VV., *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. CONSO, Bologna, 1979, 89 ss., 100, 113 ss., 118 ss.; Id., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.

¹³ G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 60 ss., spec.64.

di migranti, a Cariddi a quelli di solidarietà verso i migranti, a seconda dell'orientamento del Procuratore...

La risposta costituzionalmente corretta al problema del sovraccarico di procedimenti penali dev'essere, al contrario, orientata a contenere al massimo siffatti spazi di discrezionalità, attraverso un'ampia, decisa e mirata depenalizzazione oltre che un netto e strutturale incremento delle risorse umane e strumentali destinate alla giustizia penale. Vi è un preciso nesso tra i principi, di rango costituzionale, di *extrema ratio*, frammentarietà del diritto penale, legalità ed obbligatorietà dell'azione penale; si tratta di un'acquisizione risalente, in Italia, a lavori di Franco Bricola¹⁴ e Alessandro Baratta¹⁵ di circa quarant'anni fa, e tuttora valida.

A questo punto, dalla prima lettura del provvedimento comincia ad affiorare il dubbio se la dichiarata finalità di celerità ed efficienza non rischi di tradursi in un efficientismo 'pragmatico', ma ben poco attento ai principi costituzionali¹⁶.

II.2.1. Il nuovo criterio di giudizio per l'esercizio dell'azione penale. Una svista legislativa.

L'art. co. 9 lett. a, sempre in una prospettiva deflattiva, prevede di introdurre un criterio di valutazione più restrittivo che il p.m. dovrebbe seguire nell'alternativa tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale: l'archiviazione dovrebbe essere richiesta anche quando non sia formulabile una «ragionevole previsione di condanna». Il criterio sostituirebbe quello dell'insussistenza di «elementi... idonei a sostenere l'accusa in giudizio», art. 125 disp. att. c.p.p.

Di una tale disposizione può apprezzarsi l'orientamento deflattivo; ma – lasciando da parte, nell'economia del presente lavoro, la questione circa lo spazio discrezionale che entrambe le formule lasciano al p.m. – l'innovazione fa sorgere più di un dubbio, che gli esperti del diritto processuale penale sicuramente scioglieranno. Mi chiedo, in particolare, quanto una tale modifica sia realmente in grado di incidere sulla prassi; e, d'altro canto, quanto sia compatibile con un sistema accusatorio, con il principio del contraddittorio per la prova e con la stessa presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost. la disposizione secondo cui il pubblico ministero dovrebbe formu-

¹⁴ V. ad es. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 210.

¹⁵ Sul «principio della implementabilità amministrativa della legge», nell'ambito di un'esposizione esemplare del rapporto di implicazione necessaria tra obbligatorietà dell'azione penale e depenalizzazione, v. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in AA.VV., *Il diritto penale minimo*, a cura di A. BARATTA, Napoli, 1986, 443 ss., spec. 455-456.

¹⁶ Sulla differenza tra 'effettualità' ed effettività conforme a Costituzione, cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 500.

lare una «ragionevole previsione di condanna» sulla base dei soli elementi da lui raccolti nelle indagini preliminari.

Ma, al di là di tali dubbi, una convinzione vorrei manifestarla: la formulazione proposta contiene un grave errore tecnico. Quale esso sia, lo lascio per ora indovinare all'attento lettore; la mia convinzione al riguardo è espressa e motivata nel paragrafo seguente.

II.3. Il nuovo criterio di giudizio come asserito strumento deflattivo nell'udienza preliminare e in quella 'predibattimentale'.

La logica deflattiva viene perseguita dal legislatore delegante pure con riguardo alla fase successiva all'esercizio dell'azione penale. In particolare, nell'udienza preliminare, allo scopo, in sé condivisibile, di risparmiare all'imputato il dibattimento ampliando la possibilità di una sentenza di non luogo a procedere, si prevede di modificare l'art. 425 co. 3 c.p.p. Attualmente «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio»; in futuro, dovrà farlo quando quegli elementi non consentono una «ragionevole previsione di condanna».

Anche stavolta, si ripropongono i dubbi già prospettati; in particolare, nel senso che la «ragionevole previsione di condanna» eventualmente pronunciata dal g.u.p. mi pare possa configurare una problematica anticipazione di giudizio in rapporto alla sentenza di primo grado. Ma mi rimetto al giudizio dei processual-penalisti.

D'altro canto, l'art. 1 co. 12 della riforma, nell'ampliare considerevolmente – a quanto pare, per scopi di celerità ed efficienza – i casi di citazione diretta a giudizio nel procedimento dinanzi al giudice monocratico, prevede un'udienza predibattimentale in camera di consiglio, nella quale (lett. *d*) il «giudice valuti, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna». Rimangono gli stessi dubbi di cui sopra, ed ulteriori perplessità su tale udienza predibattimentale sono state diffusamente sollevate.

A questo punto, peraltro, emerge la svista legislativa cui accennavo, relativa alla richiesta di archiviazione che il p.m. deve formulare quando non ritiene ragionevole una «previsione di condanna».

Infatti, in relazione all'udienza predibattimentale, il legislatore corregge quanto disposto alla lett. *d*, prevedendo alla lett. *f* che «il giudice non possa pronunciare sentenza di non luogo a procedere, nei casi di cui alla lettera *d*), se ritiene che dal proscioglimento debba conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca». La correzione è necessaria, perché se il giudice dovesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando ritiene irragionevole una previsione di condanna, dovrebbe farlo pure quando ritiene ragionevole prevedere che, tuttavia, all'imputato non “condannato”, ma “prosciolto” perché non imputabile, vada applicata una misura

di sicurezza diversa dalla confisca! In rapporto alla sentenza di non luogo a procedere pronunciata nell'udienza preliminare, la stessa 'correzione' deriva dall'immutata vigenza dell'art. 425 co. 4 c.p.p., secondo cui «il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

Tale correzione, però, manca in relazione alla modifica in tema di richiesta di archiviazione, cui ho accennato nel paragrafo precedente: richiesta che il p.m., secondo il legislatore delegante, dovrebbe formulare anche quando ritiene che all'indagato, pur 'ragionevolmente' non da condannare, ma da prosciogliere, vada applicata una misura di sicurezza... Quindi il p.m. non potrebbe esercitare l'azione penale nelle ipotesi in cui ragionevolmente preveda - non la "condanna", bensì - un "proscioglimento", ma con contestuale applicazione, nei confronti dell'imputato prosciolto, di una misura di sicurezza. Occorre, dunque, porre rimedio a tale svista legislativa.

II.4. Incentivi alla 'giustizia contrattata'.

Sempre all'interno di una logica deflattiva si collocano i ritocchi alla disciplina del c.d. patteggiamento, con un'estensione dei relativi effetti favorevoli, e del rito abbreviato, ove si segnala in particolare l'ulteriore riduzione della pena di un sesto se l'imputato rinuncia all'appello. Al di là della prognosi circa la reale efficacia deflattiva di tali modifiche, non si può non constatare l'ulteriore espansione di una logica da "giustizia contrattata"¹⁷, laddove l'ordinamento cerca addirittura di 'comprare l'appello' all'imputato con mesi o anni di carcere (per esempio: condanna in rito abbreviato a 18 anni; ulteriore diminuzione di 3 anni per la rinuncia all'impugnazione). È una mera domanda retorica quanto ciò sia compatibile con la funzione della pena, che con un tale mercato - e più in generale con le diminuzioni di pena per il consenso a riti premiali - non ha alcunché da vedere, come è stato da tempo lamentato in dottrina¹⁸.

Si può immaginare la risposta di una parte della dottrina processualistica: è la logica del consenso, bellezza! La volontà delle parti... Ma il consenso può essere coartato; e certamente un consenso prestato sotto minaccia di altri tre anni di pena non è libero. La logica 'liberale' del consenso e della volontà delle parti dovrebbe fare i conti con il dato per cui l'imputato in carne ed ossa, nonostante ogni proclamata parità delle armi, è sempre la parte debole

¹⁷ Mutuando il titolo del volume di AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998.

¹⁸ Cfr. fra gli altri F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 330 ss.; P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, 14 ss.

del procedimento penale; specie quando si tratta di un soggetto marginale, la cui difesa troppo spesso è ineffettiva.

Ancora una volta, l'impressione è che l'efficiantismo prevalga sul perseguimento di un'efficienza conforme ai principi costituzionali.

II.5. Cenni su deflazione e appello.

Il co. 13 dell'art. 1 continua a perseguire una logica deflattiva in rapporto all'appello, in particolare richiedendo la specificità dei motivi ed eliminando le esclusioni al concordato in appello. Tra le previsioni della delega, mi pare particolarmente inquietante quella di cui alla lett. e: «Prevedere l'inappellabilità della sentenza di condanna a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità»; si ponga attenzione al dato per cui lo stesso art. 1 co. 17 lett. e prevede che il lavoro di pubblica utilità possa sostituire la pena detentiva fino a tre anni, ed abbia la stessa durata di tre anni, v. lett. f. Ebbene, l'inappellabilità da parte dell'imputato di una condanna ad una pena sostitutiva della durata di ben tre anni mi pare abnorme ed in contrasto con l'art. 14 co. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo cui «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge». Ancora una volta, la questione è: efficienza o efficientismo?

II.6. Ufficio per il processo: qualche inquietudine

Una novità molto pubblicizzata della delega, sempre in chiave di deflazione dei procedimenti, è quella di cui all'art. 1 co. 26: ovvero, l'istituzione, per scopi di efficienza e celerità, di un «ufficio per il processo penale» che potrà coadiuvare giudici - anche di Cassazione - e pubblici ministeri.

Sicuramente un tale ufficio, per il quale è disposto un apposito finanziamento, potrà servire agli scopi indicati ed in particolare allo smaltimento dell'arretrato. Anche il tirocinio formativo dei neolaureati presso gli uffici giudiziari svolge di fatto, in qualche misura, una tale funzione. Peraltro, sono state avanzate da più parti riserve in rapporto al dato per cui gli assistenti previsti dalla riforma Cartabia saranno dipendenti a tempo determinato, dunque precari; ed occorrerà del tempo per la loro formazione, che ne abbrevierà il periodo di reale e proficuo impiego. Ma, in collegamento con tali perplessità, mi paiono soprattutto condivisibili le riserve di quanti paventano quello che si potrebbe forse definire uno 'strisciante affievolimento' della riserva di giurisdizione; quando si legge che tra i compiti degli assistenti vi sarà persino la «predisposizione delle minute dei provvedimenti» (26 lett. b co. 1) o, in Cassazione, la «sintesi dei motivi» del ricorso, non può non sorgere qualche inquietudine. E riserve analoghe, in riferimento alla funzione del pubblico ministero, riguardano la previsione che i collaboratori presso la Procura generale della Corte di Cassazione abbiano compiti di assistenza anche «per

la formulazione delle richieste e per il deposito delle memorie dinanzi alle sezioni unite e alle sezioni semplici della Corte».

Un secondo ordine di preoccupazioni riguarda la valorizzazione, per fini di celerità, del precedente, con il rischio di una burocratizzazione e 'serializzazione' della giurisdizione – ma anche delle funzioni di accusa, vista l'analogia previsione riferita alla Procura generale della Cassazione –: compito precipuo dell'Ufficio per il processo è «incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, attraverso la valorizzazione e la messa a disposizione dei precedenti, con compiti di organizzazione delle decisioni, in particolare di quelle aventi un rilevante grado di serialità» (lett. b co. 3). La camera di consiglio della Cassazione dev'essere il luogo di formazione di una decisione collegiale, oppure il luogo per contare e prendere atto dei precedenti, individuati ed analizzati dagli assistenti? Il giudice può sfornare sentenze 'precotte' e preconfezionate da assistenti? L'imputato ha diritto ad un giudice precostituito per legge che decida all'esito di un esame in contraddittorio anche in rapporto alla *quaestio iuris*, oppure solo a una "minuta" dell'assistente elaborata sulla base della banca dati dei precedenti (o magari solo – problema nel problema – di quelli 'filtrati' dall'ufficio del Massimario)?

Tutto ciò è conforme ad efficienza o ad efficientismo? Chiedo ai processualisti. Ma, forse, andrebbe chiesto soprattutto all'imputato, delle cui garanzie e della cui libertà personale si tratta. Quando, dal chirurgo, veniamo dirottati verso un assistente che non è ancora chirurgo o non lo sarà mai, che non abbiamo mai visto in faccia e che non ci conosce – ma ha letto i precedenti casi clinici –, in genere, come pazienti, la cosa non ci fa piacere e non ci lascia proprio tranquilli. E non ci rasserena l'assicurazione che, alla fine, darà uno sguardo anche il chirurgo. Magari, in concreto, l'assistente sarà pure più bravo del chirurgo e, per fortuna, andrà tutto bene; resta il fatto che siamo stati operati da chi non aveva una piena legittimazione a farlo. Se, però, l'intervento va male, sicuramente potremo rimproverare al chirurgo di essersi fatto coadiuvare nell'operazione da un assistente che chirurgo non è e forse non sarà mai, e che, magari, alla fine ha fatto tutto lui. Non era previsto; doveva solo, per così dire, "predisporre la minuta"... Ma suvvia, si sa come vanno queste cose nella prassi! Intanto, però, io ho subito un danno per via dell'assistente, e ora mi trovo qui in ospedale (o in carcere).

Beninteso, non s'intende qui porre in questione l'istituzione dell'ufficio per il processo in sé, ma i compiti dell'ufficio, oltre che il suo fondarsi su collaboratori precari. E qui s'inserisce una considerazione di fondo: l'amministrazione della giustizia, anche penale, ha urgente bisogno di interventi strutturali consistenti nel reclutamento in pianta stabile di molti più magistrati, assistenti giudiziari ed altro personale amministrativo, oltre che di risorse materiali e di miglioramenti organizzativi. Sotto tale profilo, occorrono investimenti significativi e strutturali, non provvedimenti tampone. Nella legge di cui si discute, le uniche risorse previste sono quelle destinate alla giustizia riparativa e all'ufficio per il processo. I finanziamenti europei hanno una scadenza; per adottare provvedimenti strutturali bisogna, invece, cambiare la compo-

sizione della spesa pubblica italiana aumentando stabilmente il *budget* per la giustizia, il che richiede una maggiore consapevolezza dell'importanza e delle carenze dell'amministrazione della giustizia statale.

Ma, accanto al versante delle risorse, ce n'è un altro su cui occorre necessariamente intervenire: l'eccessivo carico di procedimenti penali dipende anzitutto dall'ipertrofia penalistica. L'amministrazione della giustizia non può gestire un sistema penale connotato da alcune migliaia di incriminazioni; nessuno – neanche negli uffici legislativi – sa esattamente quante! Sul punto si dovrà tornare: ma si può registrare fin d'ora che manca completamente, nella riforma, la prospettiva della depenalizzazione. Anche sotto tale profilo, l'istituzione dell'ufficio del processo appare quale una risposta efficientistica e di corto respiro ai problemi della giustizia penale.

II.7. Un provvisorio sguardo d'insieme.

Fin qui, la delega prospetta una deflazione tutta chiusa in una ristretta ed efficientistica prospettiva procedimentale e organizzativa. Deflazione imperniata, per giunta, in punti qualificanti su valutazioni discrezionali del p.m. o del giudice: criteri di priorità, nuovi criteri di giudizio. Ciò suscita riserve, sia nella prospettiva di un'effettività conforme a Costituzione, sia sul piano delle garanzie.

III. Gli interventi sul sistema sanzionatorio penale.

Le modifiche al sistema sanzionatorio tendono principalmente a ridurre gli spazi di applicazione della pena detentiva. Una parte di esse, su cui mi soffermerò più avanti, mira pure ad una deflazione processuale. Ad ogni modo, anche e forse soprattutto per questa parte del provvedimento valgono le considerazioni introduttive circa la condivisibilità degli obiettivi. Ma pure qui residuano alcune perplessità.

III.1. Pena pecuniaria.

L'art. 1 co. 16 delega il Governo a riformare i meccanismi di conversione e riscossione della pena pecuniaria. Si tratta di interventi necessari, com'è noto, a rendere effettiva la pena pecuniaria, che attualmente non lo è affatto, il che contribuisce a perpetuare un sistema di pene principali incentrato sulla pena detentiva. Ma si tratta di una delega in bianco, giacché il legislatore non fornisce alcun criterio o direttiva circa il modo in cui tali interventi dovrebbero essere realizzati¹⁹; per altro verso, viene persa l'ennesima occasione per introdurre il sistema dei tassi giornalieri.

¹⁹ Cfr. in proposito E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 settembre 2021, par. 5.

III.2. Sanzioni sostitutive: luci ed ombre.

L'art. 1 co. 17 delega il Governo a modificare la disciplina delle sanzioni sostitutive, applicabili dal giudice di cognizione in luogo di quella detentiva. Si prevede di abolire semidetenzione e libertà controllata e di «prevedere come sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: la semilibertà; la detenzione domiciliare; il lavoro di pubblica utilità; la pena pecuniaria». In particolare, la pena detentiva potrà essere sostituita, entro il limite di quattro anni, con semilibertà o detenzione domiciliare; entro il limite di tre anni, anche con il lavoro di pubblica utilità, salvo che l'imputato si opponga; entro il limite di un anno, anche con la pena pecuniaria. La sostituzione sarà subordinata ad una prognosi di funzionalità alla rieducazione ed alla «prevenzione del pericolo» di futuri reati, «anche attraverso opportune prescrizioni».

Una certa inquietudine suscita la lett. d: «Ridisciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare»; la disposizione parrebbe evocare l'art. 4-*bis*, oltre che l'art. 58-*quater* ord. penit.; ma si spera che non si intenda vincolare la sostituzione della pena detentiva alla collaborazione di giustizia, magari anche per delitti di peculato e corruzione!

Più in generale, l'anticipazione alla fase di cognizione della previsione di sanzioni alternative alla detenzione corrisponde ad auspici da tempo formulati in dottrina e va dunque salutata con favore. Peraltro manca, significativamente, l'anticipazione alla fase di cognizione del "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria del 1975: l'affidamento in prova al servizio sociale²⁰. Si potrebbe replicare che in fase di cognizione c'è già la sospensione condizionale; ma è evidente che si tratta di istituti diversi e che si poteva proprio pensare ad un'innovazione relativa alla fase di cognizione.

All'ampliamento dell'ambito di applicazione delle sanzioni sostitutive fino a 4 anni corrisponde la previsione di misure maggiormente afflittive: tali sono la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità rispetto alla libertà controllata, e la semilibertà lo è anche rispetto alla semidetenzione, peraltro raramente applicata. Quindi, per le pene fino ad un anno, in alternativa alla pena pecuniaria il giudice di cognizione si troverà a disporre solo di sanzioni sostitutive più pesanti della mera libertà controllata. Fino al limite dei due anni, ove applicabile, rimarrà comunque prevalente la sospensione condizionale della pena. D'altro canto, per espressa previsione le sanzioni sostitutive non saranno sospendibili condizionalmente.

L'innalzamento del limite di pena sostituibile da due a quattro anni, in sé condivisibile, testimonia comunque che non si tratta più di sanzioni sostitutive delle pene detentive 'brevi', bensì del superamento del monopolio

²⁰ Sul punto, cfr. i rilievi di E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 3.

della pena detentiva, in fase di cognizione, anche per reati di media gravità astratta, dal momento che la sostituzione potrà operare anche laddove il minimo edittale sia superiore a cinque anni, se si tiene conto di attenuanti e/o diminuzioni legate alla scelta del rito.

Non si può parlare, tuttavia, di 'fuga dalla sanzione', perché in particolare semilibertà e detenzione domiciliare hanno un contenuto fortemente afflittivo. Meno il lavoro di pubblica utilità, che si sarebbe potuto inserire in una cornice di 'affidamento in prova' più ricca di contenuti rieducativi.

A questo punto, però, vanno svolte due considerazioni. In primo luogo, l'investimento sulle sanzioni sostitutive - e, più in generale, sulle alternative alla detenzione - non si può limitare alle modifiche normative, ma necessita di risorse, da destinare in particolare agli uffici di esecuzione penale esterna. In caso contrario, il lavoro di pubblica utilità rischia una sostanziale ineffettività; ma anche per la semilibertà e per la detenzione domiciliare occorrono investimenti che consentano di strutturarle in modo da implementarne il contenuto rieducativo. In particolare, la detenzione domiciliare, ove limitata ad uno 'stare chiusi in casa', non sarebbe certo una sanzione orientata al reinserimento sociale, ma solo segregante.

Quello delle risorse, va ribadito, è un problema generale che riguarda tutte le alternative alla detenzione, anche meccanismi di *diversion* come la sospensione del procedimento con messa alla prova. La riforma Cartabia, come ho accennato, stanziava risorse per ufficio del processo e giustizia riparativa, ma neppure un euro per l'attuazione delle ulteriori riforme in materia di sistema sanzionatorio.

La seconda considerazione relativa alla riforma del sistema sanzionatorio è che, ancora una volta - secondo un modello che risale addirittura alla novella del 1974 - la mitigazione del rigore repressivo del codice Rocco e del primato del carcere viene affidata alla discrezionalità giudiziale. L'auspicio ormai risalente della dottrina, rivolto alla previsione edittale di pene principali diverse da quelle detentive e pecuniarie, rimane lettera morta. Anziché introdurre nuove pene non detentive, previste in astratto dalla legge per determinate fasce di reati, si insiste, ancora una volta, solo su una deflazione carceraria - o su una mitigazione sanzionatoria - discrezionale, rimessa in concreto al singolo giudice. Con esiti diversi caso per caso, che possono contribuire ad aumentare l'incertezza della pena e, dunque, il disorientamento dei consociati.

Le sanzioni sostitutive introdotte avrebbero potuto costituire tutte delle sanzioni principali.

Indubbiamente pesa sul provvedimento, anche sotto questo aspetto, la composizione eterogenea della maggioranza di governo; ma ciò non toglie che l'esito sia insoddisfacente in rapporto alle reali e pressanti esigenze di riforma.

III.3. Ipotesi di non punibilità in concreto e *diversion*.

Ad un condivisibile obiettivo di ampliare le ipotesi di non punibilità, di rinuncia alla pena detentiva e di deflazione processuale sono orientate ulteriori deleghe relative alla particolare tenuità del fatto, art. 2 co. 21; alla sospensione del procedimento con messa alla prova, co. 22; all'estinzione delle contravvenzioni a seguito dell'adempimento di prescrizioni, co. 23.

III.3.1. Un cenno alla delega in tema di giustizia riparativa.

Un discorso parzialmente a sé riguarda la delega relativa all'ampio tema – su cui non è possibile soffermarsi in questa sede – della giustizia riparativa; delega che, nonostante alcune indicazioni legislative, rimane alquanto generica, o quantomeno 'sfuggente', sotto profili significativi, com'è stato prontamente osservato in dottrina²¹: il Governo è delegato ad adottare «una disciplina organica della giustizia riparativa quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato». Ora, tutto questo, in un sistema penale conforme a stretta legalità, non può essere delegato al Governo. È pur vero che nelle varie lettere del co. 18 sono indicati alcuni criteri direttivi; tuttavia, un punto fondamentale, in particolare, resta del tutto aperto. Alla lett. e, infatti, si dispone di «prevedere che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena»: ma che cosa significhi l'espressione «possa essere valutato», cioè quali conseguenze giuridiche possano derivare dall'esito favorevole dei programmi, è interamente rimesso all'esecutivo.

III.3.2. La particolare tenuità del fatto.

L'art. 1 co. 21 prevede che l'ambito di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. venga esteso, sostituendo il limite della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni con quello della pena detentiva non superiore nel minimo a due anni. La modifica va salutata con favore, nella misura in cui amplia l'operatività dell'istituto prendendo atto che la considerazione di una possibile tenuità del fatto appaia riflessa maggiormente, sul piano della comminatoria edittale, nel limite minimo, piuttosto che nel massimo; un dato già valorizzato dalla Corte cost., sent. n. 156/2020, con la declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 131-*bis* c.p.

Tuttavia, in rapporto alla riforma, si potrebbe obiettare che meglio sarebbe rinunciare del tutto all'indicazione di un limite di pena, perché, anche così

²¹ F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 14-15.

modificata, la disciplina si presta ad esiti irragionevoli per eccessivo rigore repressivo.

Per chiarire il punto, partiamo dalle ipotesi di reato impossibile di cui all'art. 49 co. 2 c.p.: il furto con destrezza, dal banco del fruttivendolo, di un mandarino marcio, è un fatto inoffensivo e la punibilità va esclusa, sebbene la pena prevista per un tale furto pluriaggravato, ex artt. 625 co. 1 nn. 4 e 7 e co. 2, sia la reclusione da tre a dieci anni, più la multa. Se il mandarino è alla giusta maturazione il fatto sarà di particolare tenuità. Magari, facciamo almeno due mandarini: è mai possibile che il furto di un mandarino sia considerato un fatto offensivo del patrimonio, ossia un fatto di reato, 'soltanto' non punibile per la sua particolare tenuità? L'assoluta esiguità dell'offesa dovrebbe piuttosto equivalere all'inoffensività e rientrare nell'art. 49 co. 2 c.p.; ma lasciamo stare. Ad ogni modo, nonostante l'indubbia particolare tenuità, l'art. 131-*bis* c.p., anche secondo la riforma, potrebbe sembrare inapplicabile, in base al quarto comma dello stesso articolo.

In realtà, invece, l'art. 131-*bis* c.p., a seguito della riforma, dovrà ritenersi applicabile perché, in base al quarto comma dello stesso articolo, ai fini del limite di pena si tiene conto delle circostanze ad effetto speciale, ma non è previsto che si tenga conto pure dell'aumento per il concorso di tali circostanze ad effetto speciale. Si deve invece prendere in considerazione la pena stabilita per la singola circostanza, il cui minimo è proprio di due anni; sì, caro lettore straniero, hai letto bene, in Italia per il furto di due mandarini dal banco del fruttivendolo la pena minima è due anni di reclusione...

Ma il problema rimane in relazione ad altre ipotesi: il *munusculum* a pubblico ufficiale è tradizionalmente considerato un'ipotesi di reato impossibile; ma se lo si volesse considerare un fatto di particolare tenuità, non rientrerebbe nell'art. 131-*bis* c.p. neppure a seguito della riforma, perché la pena minima per la corruzione di cui all'art. 318 c.p. è tre anni; piuttosto, si applicherebbe l'attenuante speciale ad effetto comune di cui all'art. 323-*bis* c.p. Non parliamo del peculato di una penna da un euro – due mandarini costano di meno, e dunque non si tratterebbe di un reato impossibile –: il limite minimo di pena è quattro anni; anche qui, non si potrà applicare l'art. 131-*bis* c.p., ma solo l'art. 323-*bis* c.p., scendendo a due anni ed otto mesi di reclusione... per una penna!

Siffatte incongruenze dipendono, in parte, dal dato per cui l'art. 131-*bis* c.p. rischia già oggi di sottrarre spazio applicativo all'art. 49 co. 2 c.p.; dall'altro, dalla presenza, nell'art. 131-*bis* c.p., di limiti assenti nell'art. 49 co. 2 c.p., disposizione che nessuno ha mai contestato per tale assenza, essendo, invece, la previsione del reato impossibile di fondamentale importanza per assicurare la non punibilità di fatti astrattamente rientranti in norme incriminatrici relative anche a reati considerati dal legislatore quali gravi. Si pensi solo alle falsità documentali e ai falsi innocui o grossolani. Sotto altro profilo, le incongruenze dipendono dalle elevate cornici edittali previste dal codice – e talora inasprite – e dal dato per cui esse riflettono gerarchie o, meglio, rapporti relativi tra i beni tutelati che da lungo tempo non sono più rispondenti al mu-

tamento sociale e costituzionale. Rapporti relativi, inoltre, resi assolutamente arbitrari ed indecifrabili dalla caotica legislazione penale complementare.

In definitiva, una disciplina ragionevole e conforme ai principi costituzionali dei fatti di particolare tenuità presupporrebbe una revisione delle cornici edittali di parte speciale; in alternativa, vanno eliminati i riferimenti a limiti di pena, minimi o massimi che siano. Ma si tratta di un'alternativa meno conforme ad esigenze di legalità, perché si rimette comunque al giudice la scelta tra punibilità e non punibilità alla stregua di un criterio non proprio preciso, come la "particolare tenuità"; si considerino pure le controversie suscitate dall'infelice definizione di comportamento "abituale" di cui al co. 3 dello stesso art. 131-*bis* c.p.

Un secondo ordine di considerazioni relativo alla particolare tenuità del fatto riguarda le ipotesi di esclusione della stessa, di cui al co. 2 dell'art. 131-*bis* c.p. In primo luogo, il dato per cui all'innalzamento dei limiti di pena entro cui è applicabile l'art. 131-*bis* c.p. il legislatore intenda far corrispondere un ampliamento delle esclusioni è emblematico proprio del carattere per un verso anacronistico, per altro arbitrario dei rapporti relativi tra le comminatorie edittali. Ciò comporta che si avverta la necessità di esclusioni per specie di reati o addirittura per singole fattispecie caso per caso; esclusioni che, però, a loro volta possono risultare altrettanto arbitrarie e talvolta rispondere a logiche emergenziali.

Lo dimostrano sia la formulazione originaria dell'art. 131-*bis* c.p., sia le modifiche introdotte dai pacchetti sicurezza.

Le esclusioni di cui all'art. 131-*bis* co. 2 c.p. sono talora di per sé singolari ed arbitrarie: ad esempio, perché mai l'offesa non può ritenersi di particolare se il motivo è futile? La motivazione interiore non ha nulla a che vedere con l'offesa e neppure, più ampiamente, con il "fatto" di particolare tenuità; e pare naturale che fatti tenui, ovvero 'futili' siano commessi per motivi futili! Ancora, nei limiti edittali vigenti rientrerebbe l'uccisione o il maltrattamento di animali – per esempio di un gambero tenuto sul ghiaccio in un ristorante –; ma se vi è "crudeltà" "in danno di animali", è esclusa la particolare tenuità del fatto.

Il c.d. decreto sicurezza *bis*, d.l. n. 53/2019, conv. con modif. in l. n. 77/2019, ha inserito nella parte finale dell'art. 131-*bis* co. 2 c.p. l'esclusione della particolare tenuità «quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni». Non si comprende, invero, perché qualsiasi fatto di particolare tenuità, anche un furto semplice – massimo edittale: tre anni – non possa essere ritenuto tale, per il superamento del limite 'differenziato' di due anni e mezzo, solo perché si svolge in occasione di una partita di *basket*, mentre può esserlo se si svolge in occasione di un concerto *rock* allo stadio.

Ancor più arbitraria, in termini di odioso privilegio, risultava l'esclusione della particolare tenuità per i reati di violenza, resistenza od oltraggio commessi nei confronti di qualunque pubblico ufficiale; con il c.d. decreto Lamorgese, d.l. n. 130/2020, conv. con modif. in l. n. 173/2020, si è ristretto tale privilegio ai soli ufficiali o agenti di p.s. o p.g., estendendolo all'art. 343 c.p. Ma resta comunque un privilegio indebito, che riflette una «concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini», per riprendere l'espressione impiegata dalla Corte cost. nella nota sent. n. 341/1994 in materia di oltraggio.

Sotto tale profilo, diversamente da quanto ritenuto dalla stessa Corte cost. nella sent. n. 30/2021²², non è affatto sufficiente affermare che «la scelta legislativa di escludere dal campo di applicazione dell'esimente di tenuità il reato di resistenza a pubblico ufficiale» non sarebbe «manifestamente irragionevole, poiché viceversa corrisponde all'individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione»²³. Infatti, proprio la scelta legislativa di conferire una «speciale protezione» al bene del «buon andamento della pubblica amministrazione» – laddove, secondo la Corte, «il normale funzionamento della pubblica amministrazione tutelato dall'art. 337 cod. pen. va inteso "in senso ampio", poiché include anche "la sicurezza e la libertà di determinazione" delle persone fisiche che esercitano le pubbliche funzioni»²⁴ – ripropone, ancora una volta, nel XXI secolo quella concezione «autoritaria e sacrale» dei rapporti tra individuo e autorità propria del codice penale del 1930. In tal senso, la Corte costituzionale mostra una mancanza di coraggio a fronte di opzioni legislative inquietanti.

Va aggiunto che il dato della «particolare complessità» del bene giuridico tutelato, e persino quello della sua problematica «speciale protezione» in termini di privilegio per la pubblica autorità, non tolgono che, nonostante un tale asserito rango del bene giuridico, il fatto possa essere di particolare tenuità: in ciò, la Corte mostra di non discernere due profili da tenere distinti, ossia l'importanza del bene giuridico e la possibile tenuità in concreto dell'offesa e delle modalità di aggressione. Si potrebbe obiettare che ci sono lesioni di beni giuridici talmente gravi da non poter mai dar luogo a fatti di particolare tenuità: ma è fin troppo agevole replicare che lo stesso art. 131-*bis* co. 2 c.p. esclude la particolare tenuità solo in rapporto agli eventi morte o lesioni gravissime, mentre non considera preclusivo neppure un evento di lesione personale grave. Figuriamoci se nel nostro ordinamento costituzionale possa essere considerata preclusiva della particolare tenuità del fatto l'offesa

²² Pubblicata in www.sistemapenale.it con nota critica di VALENTE, *La Consulta ritiene legittima l'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Aperta una falla nel sistema?*, 17 settembre 2021.

²³ Corte cost., sent. n. 30/2021, *Considerato in diritto*, punto 5.2.3, in www.cortecostituzionale.it.

²⁴ Si osservi che la Corte costituzionale si richiama, qui – loc. ult. cit. –, al "diritto vivente" delle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

al «buon andamento» della p.a., sia pure inteso come bene «particolarmente complesso», come ricostruito dalla Corte.

Ad ogni modo, anche a voler comprendere il *self-restraint* della Corte costituzionale in rapporto a scelte inquietanti compiute dal legislatore nel decreto sicurezza-*bis* del 2019, risulta avvilente la conservazione, sia pure parziale, di quelle scelte nel decreto Lamorgese e nella stessa riforma Cartabia. Quest'ultima, a fronte di tutte le incongruenze diffusamente rilevate nel catalogo delle esclusioni di cui all'art. 131-*bis* co. 2 c.p., prevede soltanto il loro possibile ampliamento, sulla base di imprecise «evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica»; in realtà, alcune delle predette esclusioni risultano, come si è detto, arbitrarie e andrebbero, quindi, eliminate.

III.3.3. L'ampliamento della sospensione del procedimento con messa alla prova.

L'art. 1 co. 22 l. n. 134/2021 prevede di estendere la sospensione con messa alla prova a «specifici reati», non meglio individuati dal legislatore delegante, che «si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori» e siano punibili in astratto con la pena detentiva fino a sei anni.

Nella prospettiva della deflazione e della decarcerizzazione, si tratta di un ulteriore passo avanti. Allo stesso tempo, nonostante il diverso avviso manifestato in proposito dalla Corte costituzionale²⁵, rimangono alcune forti perplessità relative all'istituto, che prevede forti limitazioni della libertà personale e di circolazione e prescrizioni impegnative – obblighi di dimora, affidamento in prova al servizio sociale, lavoro di pubblica utilità, prestazioni riparatorie – a carico di una persona da considerarsi non colpevole fino alla sentenza definitiva, ai sensi dell'art. 27 co. 2 Cost. Tali prestazioni non sono oggetto di un consenso liberamente prestato, ma vengono stabilite quale alternativa alla prosecuzione di un procedimento penale che può comportare una pena detentiva di notevole entità; valgano, in proposito, le considerazioni precedentemente svolte in rapporto alle forme di giustizia contrattata ed agli inconvenienti, costituzionalmente rilevanti, della logica 'liberale' del consenso e della volontà delle parti.

Certamente, si tratta di un istituto che ha avuto una diffusissima applicazione: secondo i dati del Ministero della Giustizia²⁶, al 15 settembre 2021 erano ben 24.000 le persone messe alla prova, a fronte delle circa 18.300 in affidamento al servizio sociale. Considerando anche – alla stessa data – le 11.500 persone in detenzione domiciliare e le 8.700 ai lavori di pubblica utilità per guida in stato di ebbrezza o stupefazione, risulta un totale di oltre 68.000 persone sottoposte, in senso ampio ed atecnico, ad alternative alla

²⁵ Corte cost., sent. n. 91/2018, in www.cortecostituzionale.it, v. spec. *Considerato in diritto*, punti 7 e 8.

²⁶ www.giustizia.it.

detenzione che impegnano gli uffici di esecuzione penale esterna e i servizi sociali; ben un terzo di esse si trova dunque in sospensione con messa alla prova, un dato, questo, in forte aumento anche nell'ultimo anno. Nel frattempo, i detenuti in carcere restano sostanzialmente stabili: erano circa 54.000 al 15.9.2016, lo stesso al 30.9.2020 (dopo che all'inizio della pandemia, marzo 2020, il totale era aumentato ad oltre 57.000), e lo stesso pure al 15.9.2021.

Si tratta di un fenomeno noto in criminologia come *net widening*²⁷. Le alternative alla pena detentiva, sovente, non fanno diminuire in misura rilevante il numero dei detenuti – anzi, se non vi fosse stata la pandemia, i detenuti sarebbero rimasti in aumento rispetto agli anni precedenti –, ma ampliano la rete del controllo penale; in effetti, a quanto pare leggendo i dati ministeriali, l'aumento delle persone sottoposte a misure alternative vi è stato ed è stato notevole, ma, in termini numerici complessivi, a discapito della libertà e non della detenzione in carcere.

Ancora una volta, la riforma punta su misure deflative in concreto, ma ciò non è privo di risvolti problematici, né dal punto di vista delle garanzie individuali, né da quello di un'effettività conforme ai principi.

Pure l'estinzione delle contravvenzioni 'condizionata' a condotte ripristinatorie, di cui al co. 23 dell'art. 1 – su cui non mi soffermo per ragioni di spazio – risponde alla stessa logica di deflazione in concreto nella fase delle indagini preliminari.

III.4. De profundis per la depenalizzazione?

Come si è avuto modo di porre in rilievo, l'art. 1 della riforma Cartabia è orientato ad una deflazione, processuale e sanzionatoria, in concreto. Una tale prospettiva, per quanto in parte apprezzabile, risulta alquanto limitata. Sicuramente la sua adozione dipende in misura rilevante dalle contingenze politiche e dall'urgenza di provvedere. Ma non va persa di vista una visuale di più ampio respiro, che è compito, direi dovere, della dottrina dischiudere, allargando lo sguardo ristretto della collettività e della politica.

Si tratta della prospettiva di un'ampia depenalizzazione e, per altro verso, della previsione di sanzioni principali – non 'sostitutive', né alternative nella sola fase esecutiva – diverse dalla pena detentiva.

Dottrina autorevole ritiene ormai chiusi gli spazi per una depenalizzazione significativa. Resterebbe, dunque, solo la possibilità di una gestione selettiva della punibilità in concreto. Ciò non può essere condiviso e contrasta frontalmente con il dato fin troppo evidente dell'ipertrofia penalistica. Già nel 1990, Filippo Sgubbi rilevava l'inversione del principio di *extrema ratio*, secondo cui il diritto penale dovrebbe avere carattere frammentario: al contra-

²⁷ Cfr. fra gli altri T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M.I. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia*, I, 2^a ed., Milano, 2003, 372-373, 400.

rio, ad essere frammentaria, allora ed oggi, era ed è la libertà²⁸. Nonostante le depenalizzazioni nel frattempo intervenute, il sistema delle incriminazioni è cresciuto, alimentandosi con i vari pacchetti sicurezza – si pensi soltanto al reato di immigrazione irregolare (2009), alla reintroduzione dei reati di blocco stradale ed accattonaggio molesto (2019) – e tanti altri provvedimenti ispirati alla ‘perenne emergenza’²⁹ ed al populismo penale. L’introduzione nel 2018, all’art. 3-*bis* c.p., di una ‘riserva di codice’ fa tristemente sorridere, se solo si pensa alle nuove norme incriminatrici introdotte al di fuori del codice e di un qualunque provvedimento organico in soli tre anni...

Ma, al di là di ciò, vi sono ampi settori di incriminazioni specialmente contravvenzionali, di impatto tutt’altro che irrilevante nella prassi, in cui andrebbe operato un deciso intervento di depenalizzazione: si pensi solo alle contravvenzioni di cui al libro terzo del codice, non insovente al limite della legittimità costituzionale, oltre che inutili; a molte contravvenzioni del T.u.l.p.s., anch’esse talora al limite della legittimità; alle molte violazioni formali in materia edilizia (ad es. in materia di omessa esposizione di cartelli) o ambientale (ad es., immissioni con omessa comunicazione all’autorità regionale); alla disciplina dell’immigrazione. In particolare, la normativa in materia di stupefacenti richiederebbe una radicale revisione, visto l’intreccio di rigore repressivo – che si riflette in concrete carcerizzazioni di massa – e di flagrante ineffettività che la caratterizza³⁰.

Di fronte ad un tale stato di cose, chiudere ogni porta a prospettive di depenalizzazione appare un’operazione culturale insostenibilmente conservatrice; insostenibile anche e proprio sul piano ‘realistico’, della prassi. Solo tenendo presente la ristrettezza di orizzonti dell’attuale circuito politico-mediatico-giudiziario, e in un’ottica di breve periodo, si comprende l’impianto della riforma; ciononostante, l’esito è insoddisfacente, e ciò va detto a chiare lettere.

Sempre sul piano delle incriminazioni, va pure considerata la necessità di un impegno costante per una riforma che comprenda una redazione delle norme incriminatrici più conforme ad *extrema ratio*, frammentarietà e determinatezza. Quando le fattispecie sono scritte in modo tale da far sì che, ad esempio, una manifestazione pacifica di ciclisti ‘bici alla mano’ realizzi il reato di blocco stradale; che l’invio di un paio di messaggi indesiderati realizzi nientemeno che uno *stalking*; che l’approssimarsi ad alta velocità e ‘lampeggiare’ con i fari in autostrada per sollecitare il veicolo davanti a spostarsi dalla corsia di sorpasso sia violenza privata; che la signora coi tacchi del piano di sopra realizzi il reato di cui all’art. 659 c.p.; che l’appropriazione

²⁸ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990, 11 ss.

²⁹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, *passim*.

³⁰ In argomento, mi sia consentito rinviare a *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 5/2014, 586 ss.

di una melanzana o di un ovetto *Kinder* sia reato – laddove, ad esempio, per reati tributari sono previste soglie di punibilità alquanto elevate –; insomma, quando si ricorre ad una tecnica legislativa così estensiva, si concorre a costruire un diritto penale ipercriminalizzante ed onnicomprensivo. Esso grava sulle persone, ma anche sull'amministrazione della giustizia, e non può che funzionare, in concreto, in modo fortemente e discrezionalmente selettivo³¹.

Va, infatti, posto nel debito rilievo che l'aumento degli spazi di sostituzione della pena, di *diversion* e deflazione processuale, scelte di priorità etc. contribuisce ad un complessivo spostamento di potere dal legislativo verso il giudiziario, ma non solo: pure verso il pubblico ministero e, in concreto, verso le forze dell'ordine. Tutto ciò non può suscitare preoccupazione – al di là delle contingenze temporali e politiche e di vedute, ripetiamo, di corto respiro – in un sistema penale costituzionalmente vincolato all'osservanza di principi di legalità ed eguaglianza.

Anche sul piano delle funzioni della pena e, in particolare, dell'orientamento dei consociati, l'ulteriore ampliamento dello iato – da tempo diffusamente lamentato – tra pena comminata in astratto, pena discrezionalmente applicata in fase di cognizione e pena discrezionalmente eseguita non può non suscitare forti perplessità, aggiungendo pure l'aperta legittimazione della selettività discrezionale delle Procure.

IV. Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale.

IV.1. Un obiettivo condivisibile in un contesto difficile.

Almeno l'obiettivo principale della riforma Cartabia in tema di prescrizione merita un deciso apprezzamento. La previsione, con la l. n. 3/2019, della cessazione (finzionisticamente definita 'sospensione') del decorso della prescrizione del reato con qualunque sentenza di primo grado – anche assolutoria – o col decreto di condanna dava luogo ad un'intollerabile "giustizia infinita" in relazione al procedimento per qualsiasi reato, in contrasto con una raffica di principi costituzionali, dall'eguaglianza al finalismo rieducativo alla ragionevole durata del processo. Si rendevano possibili processi lunghi magari un quarto di secolo, e quindi anche assoluzioni dopo un inumano calvario processuale.

Occorre, inoltre, tenere conto della difficoltà 'politica' di un intervento in una materia da poco oggetto di due riforme diverse, volute da schieramenti

³¹ V. spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, 99 ss., 159 ss.; C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». Iperprofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari, Padova, 1985, 231 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 12-124; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 7 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, trad. it., Napoli, 1994, 32 ss., 145 ss.

fino a ieri opposti, e in diverso grado criticabili³². Non si riusciva a raggiungere il consenso sul ritorno alla disciplina prevista dalla riforma Orlando e non si voleva mantenere quella risultante dalla riforma Bonafede.

Tutto ciò va riconosciuto, sebbene la riforma non convinca, sia sul piano di alcune opzioni di fondo, sia sotto il profilo degli strumenti impiegati, ed abbia perciò attirato autorevoli ed ampiamente condivisibili critiche³³.

IV.2. Un cenno alle proposte della Commissione Lattanzi.

La Commissione Lattanzi, nella relazione finale del 24 maggio 2021³⁴, aveva proposto, in alternativa, o (ipotesi A) di riprendere in sostanza la sospensione, in caso di condanna, della prescrizione del reato per due anni in appello e un anno in Cassazione, secondo una linea analoga a quella della riforma Orlando, oppure (ipotesi B) di anticipare la cessazione della prescrizione del reato introdotta dalla riforma Bonafede all'esercizio dell'azione penale e di introdurre all'art. 344-*bis* c.p.p. proprio l'istituto dell'improcedibilità per intervenuta prescrizione dell'azione penale – rinunciabile dall'imputato – poi varato dalla riforma Cartabia, con la differenza di prevedere la stessa improcedibilità anche per il periodo dalla formulazione dell'imputazione alla sentenza di primo grado (4 anni, più sei mesi nei procedimenti con udienza preliminare) e di sancire l'improcedibilità in appello dopo tre anni e in Cassazione dopo due.

Almeno alcune delle autorevoli critiche rivolte al nuovo istituto dell'improcedibilità per prescrizione dell'azione penale, su cui mi soffermerò più avanti, valgono dunque anche in rapporto all'ipotesi B delineata dalla Commissione Lattanzi.

Altra proposta significativa della Commissione Lattanzi, non recepita nella riforma, era quella di sostituire l'art. 161 co. 2 c.p. come segue: «*Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più della metà del tempo necessario a prescrivere*». Si trattava di una proposta puntiforme, orientata all'allungamento dei termini in caso di prima condanna – tornando alla disciplina vigente prima della legge c.d. ex-Cirielli, n. 251/2005 – e, condivisibilmente, all'eliminazione delle discriminazioni per i recidivi; ma conservando la logica del 'doppio binario' per i reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., di fatto 'imprescrittibili', salva però, nella sola ipotesi B, l'improcedibilità dell'azione penale. Va aggiunto

³² Mi sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni 'emergenziali' in tema di prescrizione del reato*, in www.la legislazione penale.eu, 7.12.2017; e *Id.*, *Le norme 'spazzaprescrizione' nella l.n. 3/2019*, in www.la legislazione penale.eu, 12.2.2020.

³³ Cfr. spec. il documento di M. DANIELE - P. FERRUA - R. ORLANDI - A. SCALFATI - G. SPANGHER SU *Imprescrittibilità e prescrizione* del 30 agosto 2021, pubblicato in www.penaldep.it 31.8.2021, che richiama ed integra il precedente documento critico pubblicato dagli stessi Autori il 27 luglio 2021.

³⁴ V. *supra*, nota 2.

che l'ipotesi B prevedeva pure che «per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti, e per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), i termini di durata massima del processo possono essere sospesi per giusta causa con ordinanza del giudice procedente, su richiesta del pubblico ministero, per un periodo non superiore a sei mesi per ogni grado di giudizio».

IV.3. Una premessa essenziale sui fondamenti della prescrizione del reato e della prescrizione dell'azione penale e sulla loro possibile interazione.

Per cercare di affrontare su basi solide un discorso intorno all'introduzione dell'improcedibilità dell'azione penale legata al decorso del tempo, occorre partire da una breve premessa intorno al fondamento della prescrizione del reato e a quello di una prescrizione del procedimento o dell'azione penale³⁵.

Com'è noto – ma non incontroverso – e riconosciuto dalla Corte costituzionale, l'istituto della prescrizione del reato è funzionale agli scopi della pena e ha dunque un fondamento costituzionale, di diritto penale sostanziale. Il decorso del tempo, sul piano della prevenzione generale, affievolisce fino a far svanire l'allarme sociale intorno al fatto e mina la necessaria prontezza della pena, che perde progressivamente senso con il passare degli anni; ma anche sul piano della funzione rieducativa, il decorso del tempo fa sì che la pena perda progressivamente senso, intervenendo su una persona ormai diversa da quella che era anni prima. Si tratta in entrambi i casi – sia in riferimento alla prevenzione generale che a quella speciale – di valutazioni presuntive, che operano *pro reo*, o meglio, in favore dell'imputato: perché, da un lato, l'allarme sociale può effettivamente svanire o meno, o essere ridestato selettivamente dai *media*, e così pure il mutamento personale, a distanza di molti anni, può essere realmente avvenuto o no.

La ragionevolezza dei termini di prescrizione deve riflettere la ragionevolezza di tali presunzioni, riferite al venir meno di ogni legittima funzione della pena. E una disciplina che lega i termini di prescrizione alla pena massima edittale si fonda sul presupposto per cui, quanto più grave in astratto è il reato, tanto più tardi può presumersi il venir meno della funzione della pena, fino al limite – si badi, estremo e non incontrovertibile; ma non posso soffermarmi sul punto – dell'imprescrittibilità.

Per altro verso, il decorso del tempo dal fatto incide anche sulla legittimità del procedimento penale. Con il passare degli anni può divenire, in particolare, arduo l'esercizio del diritto di difesa, come rilevava già Filangieri nella

³⁵ Per una più ampia argomentazione, anche in relazione alle riforme Orlando e Bonafede, e per i necessari riferimenti bibliografici sia consentito rinviare, oltre ai lavori citati *supra*, nota 32, a *Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, vol. 8 (2021), <http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv>, 1 ss.

*Scienza della legislazione*³⁶; è difficile, ad esempio, difendersi da un'accusa di molestie sessuali avvenute dieci anni prima. Ma, soprattutto, secondo un celebre detto di Carnelutti, il processo è pena. La ragionevole durata del processo, se può avere, come viene sostenuto, un valore di esigenza obiettiva, è pure una garanzia per l'imputato, che è persona da presumere innocente fino alla condanna definitiva e non può essere sottoposta a tempo indeterminato alla 'pena del processo', con tutti i gravi inconvenienti che l'accompagnano.

Il dato per cui si tratti di una garanzia disponibile, cui l'imputato può rinunciare, non toglie che di garanzia costituzionalmente fondata si tratti. E neppure rileva il dato secondo cui il singolo imputato possa preferire un processo di durata irragionevole o cercare di prostrarlo, pur di non essere condannato; egli ha comunque diritto a non rimanere sotto processo all'infinito. Neppure per reati imprescrittibili si può ammettere un processo imprescrittibile: perché l'imputato non può certo aspettare trenta o quarant'anni o tutta la vita per vedere affermata la propria responsabilità o innocenza!

Funzioni sostanziali e processuali si sono intrecciate, finora, nella prescrizione del reato, un istituto polifunzionale di confine, che mette alla prova un formalistico *Trennungsdenken*, un pensare per compartimenti stagni, come pure un orientamento che pretenda di ipostatizzare una "natura" della prescrizione: ma gli istituti giuridici non crescono come piante...

La Corte costituzionale, già prima della famosa vicenda Taricco, aveva affermato la - quantomeno predominante - funzione sostanziale della prescrizione del reato, ricavandone il corollario dell'irretroattività. Ma non va dimenticato che secondo un orientamento ripreso ed espresso sul finire del secolo scorso da Massimo Nobile, seppure si intendesse la prescrizione come istituto processuale, si dovrebbe comunque applicare ad essa il principio di irretroattività³⁷.

Sulla base di tali premesse si può provare a prendere posizione sulla discussione se la prescrizione del reato serva ad assicurare la ragionevole durata del processo penale.

Certamente, di fatto, spesso la prescrizione del reato interviene allorché il procedimento - compresa dunque la fase delle indagini preliminari - è durato troppo e ne sancisce proprio l'irragionevole durata.

Ma è stato diffusamente rilevato che vi è un'asimmetria tra prescrizione del reato e durata del procedimento. Infatti, schematizzando, un procedimento penale può essere avviato, ad esempio, subito dopo la realizzazione

³⁶ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, III, Parte I, Capo II, ed. integrale, Napoli, 2003, 121: «Niente di più difficile che difendersi da un'accusa, quando questa è di più anni posteriore al delitto. Il tempo, che ha scancellata la memoria delle circostanze che lo accompagnarono, toglie all'accusato i mezzi da giustificarsi, ed offre al calunniatore avveduto un velo col quale coprire le meditate menzogne. Riflessioni così ragionevoli non furono trascurate da' savii legislatori di Roma. Essi diedero alle accuse criminali una prescrizione».

³⁷ Cfr. M. NOBILI, *sub A*), in M. NOBILI - L. STORTONI - M. DONINI - M. VIRGILIO - M. ZANOTTI - N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, 317 ss.

di un reato grave, per cui sia previsto un termine di prescrizione magari di 12 anni, che con l'aumento di un quarto relativo alle interruzioni dei termini divengono 15, senza contare le ipotesi di sospensione; in tal caso, il processo potrebbe essere irragionevolmente lungo, anzi lunghissimo, senza che intervenga però la prescrizione del reato. All'opposto, il procedimento penale potrebbe cominciare molto, troppo tardi, e dunque rimanere prematuramente estinto dalla prescrizione del reato, nonostante sia durato pochissimo.

Proprio tale asimmetria rende evidente la *ratio* delle proposte dottrinali, discusse da tempo, di affiancare – oppure, si noti bene la differenza, di sostituire, a partire da una certa fase processuale – alla prescrizione del reato, fondata su funzioni sostanziali relative agli scopi della pena, una prescrizione del procedimento o dell'azione penale, ispirata ad una *ratio* di ragionevole durata del procedimento (o del processo): ossia, la previsione di termini massimi di durata del procedimento, eventualmente anche articolati in termini intermedi, di 'fase'. Obiezioni e rilievi ugualmente risalenti a tali proposte erano, da un lato, l'eccessiva rigidità di una siffatta previsione, dall'altro la considerazione secondo cui la ragionevolezza della durata andrebbe rapportata non alla gravità del reato, ma alle difficoltà dell'accertamento. Ebbene, a me pare che, se i termini massimi sono fissati in modo ragionevole – e valgano, *mutatis mutandis*, le considerazioni relative alla congruità dei termini di prescrizione del reato rispetto alle finalità di tale istituto –, la previsione di una prescrizione del procedimento o dell'azione penale sia una corretta attuazione del principio costituzionale di ragionevole durata.

È vero che si tratta di limiti 'rigidi', che lasciano un po' interdetti, e potrebbero pure incoraggiare strategie difensive dilatorie, ma pur sempre rientranti pienamente e legittimamente nei diritti della difesa: ad esempio, sicuramente ne può risultare un potente incentivo al ricorso in appello e in Cassazione, sperando anche nella prescrizione dell'azione penale! Il che forse non denota uno spiccato senso pratico di un riformatore orientato alla deflazione processuale... Tuttavia, a favore della previsione di limiti rigidi di durata massima del procedimento penale depone il dato per cui, storicamente come nel momento attuale, l'idea di porre siffatti limiti a restrizioni statuali di libertà nasce dall'indignazione per l'abuso di quelle restrizioni di libertà: si pensi ai 'rigidi' termini massimi previsti per la custodia cautelare.

Resta però da chiarire un punto fondamentale, relativo all'alternativa tra l'affiancare alla prescrizione del reato quella dell'azione penale e il far cessare la prima per lasciar decorrere solo la seconda. Ebbene, sul punto, anticipando quanto proverò ad illustrare più avanti, condivido la posizione di quella parte della dottrina penalistica che ritiene ammissibile – e direi costituzionalmente legittima – soltanto la prima soluzione e non la seconda. La prescrizione del reato, in altri termini, non può cessare di decorrere né con l'esercizio dell'azione penale, come proposto dalla Commissione Lattanzi, né con la sentenza di primo grado, come stabilito dalla riforma Cartabia. La prescrizione dell'azione penale non può surrogare quella del reato.

IV.4. La riforma Cartabia in tema di prescrizione: primi rilievi critici.

Com'è noto, la riforma Cartabia conferma, con un correttivo per le ipotesi di annullamento della sentenza di primo grado e regressione del procedimento, la soluzione introdotta dalla l. n. 3/2019: anche in base al nuovo art. 161-*bis* c.p., la prescrizione del reato cessa di decorrere dopo la sentenza di primo grado. Ma l'art. 2 co. 2 lett. a l. n. 134/2021 introduce la prescrizione del processo, ovvero l'improcedibilità dell'azione penale dopo due anni in appello ed un anno in Cassazione, art. 344-*bis* co. 1-2 c.p.p.

Già durante l'*iter* di approvazione del provvedimento, ciò ha suscitato critiche in chiave di indebito sacrificio di esigenze di accertamento delle responsabilità e di tutela delle vittime, specialmente in relazione ad alcune specie di reati; ciò ha condotto ad una, a mio avviso problematica, diversificazione della riforma per 'binari' ed all'introduzione di un regime transitorio che ricalca l'originaria proposta della Commissione Lattanzi: tre anni per l'appello e due per la Cassazione.

Resta, però, un'incongruenza di fondo, rilevata dal C.S.M. nella delibera del 29.7.2021³⁸: un procedimento penale continua ad avere durata senz'altro ragionevole, anche se si protrae per più di due o addirittura tre anni (regime transitorio) in appello, allorché è durato pochissimo nelle fasi precedenti: si pensi ai casi di rito direttissimo. Un tale rilievo critico risulta riferibile anche alla proposta della Commissione Lattanzi, sebbene essa prevedesse termini massimi anche per il periodo tra l'esercizio dell'azione penale e la sentenza di primo grado. L'errore tecnico mi pare risiedere nel non aver fatto riferimento ad un termine massimo complessivo – magari dall'esercizio dell'azione alla sentenza definitiva – prevedendo, poi, termini di fase meno restrittivi.

È stato inoltre opportunamente sollevato il problema degli effetti sperperati che quel meccanismo rigido rischia di determinare in fase di appello, in rapporto ad alcune sedi giudiziarie ove i tempi medi superano di gran lunga i tre anni dello stesso regime transitorio previsto dalla riforma. Sotto tale profilo, la riforma andrebbe accompagnata con altri interventi, in particolare investimenti di risorse e misure organizzative relative a singole sedi, oltre che con i provvedimenti previsti dalle deleghe; che per ora però sono rinviati, e non è proprio certo che le deleghe stesse vengano attuate.

Ulteriori rilievi critici sono stati mossi in relazione agli effetti dell'improcedibilità sul piano delle conseguenze civili e della confisca. Al riguardo, l'art. 2 lett. *b* della riforma contiene modifiche all'art. 578 c.p.p. e l'art. 1 co. 13 lett. *d* prevede un successivo intervento di coordinamento, anche in relazione alla confisca.

³⁸ Reperibile in www.sistemapenale.it, 5 agosto 2021.

IV.5. Proroghe e sospensioni.

Un dato ulteriore, che da un lato ridimensiona alcune critiche relative al rischio di 'vuoti di tutela' e dall'altro mina l'effettivo perseguimento, da parte della riforma, di una 'ragionevole durata' delle fasi di impugnazione del processo, è dato dalla previsione di proroghe rimesse alla discrezionalità del giudice. Quando il giudizio di impugnazione è «particolarmente complesso», il giudice può infatti prorogare la durata della fase di un anno in appello e di sei mesi in Cassazione; dal tenore della disposizione e dal contesto sistematico si evince che possa farlo una sola volta. Dunque, nel regime transitorio si potrà arrivare a quattro anni in appello e due e mezzo in Cassazione; dopo, a tre anni in appello e uno e mezzo in Cassazione.

Come è stato prontamente rilevato, in chiave critica, da illustri processualpenalisti³⁹, ciò comporta un eccessivo potere discrezionale del giudice, che confligge con esigenze costituzionalmente imposte di legalità processuale.

Va aggiunto che la disciplina introdotta dalla riforma prevede una dilatazione ulteriore, ed in parte discrezionale, dei tempi, che rischiano di diventare tutt'altro che ragionevoli: infatti, in caso di annullamento in Cassazione con rinvio, bisogna intendere la disciplina nel senso che il giudizio di appello possa durare altri due anni (nel regime transitorio tre), più un ulteriore anno di proroga discrezionale, e in Cassazione un altro anno, più sei mesi di ulteriore proroga discrezionale. Ciò significa che, considerando le proroghe, le fasi di impugnazione potranno durare complessivamente, superato il regime transitorio, ad un totale di 9 anni; durante il regime transitorio, addirittura ad un totale di 13 anni!

Ma, attenzione, non abbiamo calcolato le sospensioni del procedimento, che interverranno, secondo l'art. 344-*bis* co. 6 c.p.p. in tutte le ipotesi di cui all'art. 159 c.p., ma anche, nota bene, per tutto «il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». In tal modo si va oltre la stessa riforma Orlando, ove la sospensione del termine di prescrizione in corso di procedimento giungeva al massimo ad un anno e sei mesi. Va rilevato, infatti, che un'ipotesi di sospensione come quella prevista dalla riforma Orlando o come quella, di cui si è appena detto, della riforma Cartabia contrasta con la *ratio* tradizionale della sospensione della prescrizione: quella descritta dal brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è proprio un'ipotesi in cui il procedimento, lungi dal 'non poter agire', sta andando avanti; la riforma Orlando fu opportunamente criticata perché addossava all'imputato le lentezze della giustizia penale, ma lo faceva 'solo' per un anno e mezzo. Si tenga, inoltre, presente che per le sospensioni della prescrizione, diversamente che per le interruzioni, non esiste termine massimo.

³⁹ Cfr. il documento richiamato *supra*, nota 33. Ma si vedano pure i rilievi critici di F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 16 ss.

Va pure segnalato che tutto ciò vale indipendentemente dalla gravità del reato per cui si procede; le stesse proroghe sono concesse in relazione alla complessità dell'accertamento, non alla gravità del reato ascritto.

In sintesi, si delinea il rischio di una durata tutt'altro che ragionevole delle impugnazioni. E ciò senza ancora considerare i 'binari differenziati' creati dalla riforma.

IV.6. Il triplo binario. La ragionevole durata del processo non è uguale per tutti?

Non nuova, ma non per questo meno problematica è la previsione di un doppio, anzi triplo binario processuale, stavolta in rapporto alla ragionevole durata del processo in fase di impugnazione.

L'art. 344-*bis* co. 4 c.p.p. prevede infatti che per i delitti aggravati dalla finalità o dal metodo mafiosi, di cui all'art. 416-*bis*.1 c.p., il giudice possa discrezionalmente concedere ulteriori proroghe fino a "complessivamente" tre anni in appello e un anno e sei mesi in Cassazione; ciò va interpretato necessariamente nel senso che in caso di annullamento con rinvio si aggiungano ulteriori proroghe complessive, rispettivamente di tre anni e di un anno e sei mesi. Ciò significa ammettere che per tali delitti l'improcedibilità possa intervenire, calcolando tutte le proroghe e considerando solo i termini più brevi del regime definitivo e non quelli del regime transitorio, dopo cinque anni in appello e due anni e mezzo in Cassazione, più altri sette anni e mezzo in caso di annullamento con rinvio, per un totale di 15 anni solo nelle fasi di impugnazione. Se il processo, senza contare le indagini preliminari - probabilmente, data la tipologia di reati, con relativa custodia cautelare -, è già durato 5 anni dall'esercizio dell'azione penale, si arriva ad un totale di 20 anni; ma non abbiamo considerato le sospensioni, anche per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Giudichi il lettore se questa è una ragionevole durata del processo.

Ma non basta, perché c'è un terzo binario: nei procedimenti per gravi delitti con finalità di terrorismo e per i reati di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter* c.p., 609-*bis* c.p. nelle ipotesi aggravate e 74 d.P.R. n. 309/1990 non c'è alcun limite massimo alle ulteriori proroghe concedibili discrezionalmente dal giudice.

Certo, si tratta di accuse gravissime, anzi infamanti. Ma proprio per la gravità delle accuse il procedimento deve mantenere una ragionevole durata; l'imputato vi ha diritto, non meno, anzi forse più degli altri imputati. O possiamo ammettere, nel nostro ordinamento costituzionale e tenuto conto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che una persona debba attendere magari trenta o quarant'anni o tutta la vita per vedere affermata la propria innocenza in rapporto ad accuse così lesive della sua dignità? L'art. 111 co. 2 Cost. deve valere per tutti; la previsione di binari differenziati che finiscano per escludere talune persone - da presumersi innocenti fino alla sentenza definitiva, ex art. 27 co. 2 Cost. - dalla garanzia costituzionale della ragione-

vole durata del processo risponde ad una logica da diritto penale del nemico, incompatibile con l'art. 3, l'art. 111 e l'intero spirito della Costituzione.

IV.7. Un errore di fondo, in continuità con la riforma Bonafede.

Anche senza considerare doppi e tripli binari, la riforma appare viziata da un errore di fondo, che consiste nel mantenere – salva la ricordata ipotesi di annullamento – la cessazione della prescrizione del reato con la sentenza di primo grado, surrogandola con la prescrizione del procedimento. Tale errore era contenuto anche nell'ipotesi B prospettata dalla Commissione Lattanzi.

Contrariamente a quanto sostenuto negli anni da una parte della dottrina, recepita in ciò dalle riforme Bonafede e Cartabia, le ragioni sostanziali della prescrizione del reato non vengono meno in corso di processo⁴⁰. Con il passare del tempo, la punizione perde senso dal punto di vista di legittime finalità di prevenzione generale e di rieducazione, anche se il processo è ormai cominciato o è arrivato ad una sentenza di primo grado.

L'idea secondo cui la prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado vanifica l'impiego di risorse dell'amministrazione della giustizia corrisponde indubbiamente al vero; ma farne derivare la conseguenza del blocco della prescrizione del reato significa presupporre una inaccettabile prevalenza, nella scala di valori, dell'amministrazione della giustizia sulle funzioni costituzionalmente legittime della pena e sulla stessa libertà e dignità della persona.

Neppure l'argomento fondato sulla tutela delle vittime convince: certamente, la vittima e tutta la collettività hanno diritto all'accertamento del fatto e delle eventuali responsabilità penali, ma non oltre un tempo ragionevole dal punto di vista delle esigenze di prevenzione generale e speciale. Tempo che varia in funzione della gravità del reato commesso, al quale è rapportato il termine di prescrizione del reato.

A confronto con la soluzione risultante dalla l. n. 3/2019, era certamente più equilibrata la disciplina del codice penale del 1930 (sic!). Essa, infatti, teneva conto fin dall'origine, attraverso la disciplina della sospensione e dell'interruzione della prescrizione, dei necessari tempi del processo; ma ciò comportava il prolungamento, non il blocco della prescrizione del reato, perché persino nella prospettiva di deterrenza e 'giusto castigo' coltivata dal codice Rocco – che aveva per conseguenza sia elevati massimi edittali, sia lunghi termini di prescrizione del reato – veniva il momento in cui, nonostante il processo fosse in corso, era troppo tardi perché una pena avesse ancora senso.

In una prospettiva ordinamentale vincolata a principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e rieducazione, l'inizio del processo o

⁴⁰ L'ordine di idee qui sottoposto a critica è ben rappresentato dalla posizione espressa da G.L. GATTA - G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it, 11 febbraio 2020, spec. parr. 3, 8, 9.

la sentenza di primo grado non incidono affatto sul venir meno, per il passar del tempo, di qualsiasi senso rieducativo di un'eventuale pena. Potrebbe aver senso l'accertamento dei fatti – anche in chiave di innocenza, e difatti l'imputato può rinunciare alla prescrizione per veder affermata la sua piena innocenza –, ma non una punizione.

Tuttavia, anche dal punto di vista della prevenzione generale, le cose non stanno come ritengono, in modo semplicistico e artificioso, i sostenitori del blocco della prescrizione del reato dopo il primo grado di giudizio. L'interesse della collettività solo fittiziamente si può ritenere vivo e continuo dopo la sentenza di primo grado, che la collettività spesso non conosce affatto; il processo, anche dopo la sentenza di primo grado, non è, in realtà, una successione continua, ma discontinua di atti, tra i quali intercorrono fasi di inerzia, che fatalmente comportano un affievolirsi dell'attenzione della collettività. Da Beccaria in poi, è nota la necessità di prontezza della pena; pene non 'pronte' perdono senso, anche e proprio sul piano della tutela di beni giuridici. Certo, l'interesse della collettività può essere suscitato o ridestato dall'attenzione mediatica, in maniera inevitabilmente e sovente arbitrariamente selettiva. Ma qui ritornano in considerazione il primato della persona, il suo diritto a non essere strumentalizzato per finalità di politica criminale (art. 27 co. 1 Cost.) e l'idea rieducativa: l'imputato, dopo tanto tempo dal fatto di cui è accusato, è ormai una persona diversa ed ha un diritto ad essere lasciato in pace e all'integrazione sociale.

L'errore di fondo del 'blocco' della prescrizione del reato si può illustrare con un esempio, tenendo conto, oltretutto, del dato per cui quel blocco opera indiscriminatamente per qualunque reato. Ebbene, consideriamo le contravvenzioni, ossia i reati meno gravi, per i quali la prescrizione interviene dopo 4 anni – più uno, tenendo conto delle interruzioni, supponendo un imputato che non sia recidivo aggravato. In tali ipotesi, se la sentenza di primo grado interviene dopo quattro anni e mezzo, ossia quasi allo scadere del termine di prescrizione, non si comprende perché l'imputato, secondo la riforma Bonafede, assolto o condannato che fosse, non dovesse mai più avere diritto alla prescrizione del reato, rimanendo sotto processo – con tutte le conseguenze che ciò comporta – magari altri dieci anni per una semplice contravvenzione! Ma neppure si comprende perché, in base alla riforma Cartabia, egli debba rimanere sotto processo, dopo che sono passati quasi 5 anni dal fatto, per ulteriori due anni più uno di eventuale proroga in appello, più uno più eventuali sei mesi in Cassazione, per vedere magari annullata la condanna con rinvio e rimanere sotto processo per altri due anni, più uno di eventuale proroga in appello, più uno, più eventuali sei mesi di proroga in Cassazione, per un totale di altri 9 anni di graticola, per una contravvenzione per la quale, magari, alla fine risulterà innocente...

E tutto questo dovrebbe servire a finalità di tutela di beni giuridici e delle vittime – che in molte contravvenzioni di mera trasgressione non vi sono affatto! – e di efficiente amministrazione della giustizia, e dovrebbe risultare

compatibile con la funzione rieducativa della pena e con la ragionevole durata del processo?

L'esempio si potrebbe ripetere per un delitto dei più lievi, prescrivibile dunque in sei anni, più uno e mezzo. Si arriva a sentenza di primo grado dopo sette anni dal fatto; in più, il processo dovrebbe poter durare all'infinito (riforma Bonafede) o altri nove anni, salvo sospensioni o doppi e tripli binari (riforma Cartabia)?

A questo punto appare evidente un'implicazione distorsiva della riforma: il blocco della prescrizione del reato e la sua sostituzione con quella dell'azione penale costituiscono un 'equivalente funzionale' di un notevole allungamento dei termini di prescrizione del reato, in termini incompatibili con le funzioni della pena. Sotto tale punto di vista, concordo pienamente con il già menzionato appello formulato da quegli autorevoli processual-penalisti che ritengono preferibile il vecchio regime della prescrizione del reato al sistema introdotto dalla riforma Cartabia.

A mio parere, come accennavo, la prescrizione del reato deve poter intervenire in qualunque momento del processo penale, fino alla sentenza definitiva, così come avveniva prima della riforma Bonafede. Una prescrizione 'processuale' - del procedimento o dell'azione penale -, orientata al principio della ragionevole durata del procedimento o del processo, può essere introdotta, ma non quale istituto sostitutivo della prescrizione del reato - che ha una diversa *ratio*, di diritto sostanziale -, bensì solo in aggiunta a quest'ultima.

IV.8. L'irretroattività e il rischio di frode delle etichette.

La prescrizione del reato ha una *ratio* - quantomeno principalmente - di diritto sostanziale ed è perciò soggetta al principio di legalità *sub specie* irretroattività della legge sfavorevole, nonché alla retroattività della legge favorevole. La prescrizione dell'azione penale ha invece una *ratio* processuale e, quindi, parrebbe valere il principio *tempus regit actum*; peraltro, parte della dottrina ha ritenuto e ritiene che anche alle norme processuali vada applicato il principio di irretroattività, dunque anche in rapporto alla prescrizione processuale. I primi commentatori della riforma hanno posto in evidenza i rischi di frode delle etichette sul punto⁴¹. Accogliendo la tesi dell'applicabilità alla prescrizione dell'azione penale del principio di irretroattività e di quello di retroattività favorevole, si dovrebbe ritenere illegittima la previsione di cui all'art. 2 co. 3 l. n. 134/2021, secondo cui la nuova disciplina dell'improcedibilità per prescrizione dell'azione penale si applica solo ai reati commessi dopo

⁴¹ Cfr. in particolare D. PULITANO, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in www.sistemapenale.it, 19.7.2021; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 16 ss.

il primo gennaio 2020. Ma considerazioni analoghe varrebbero per l'art. 2 co. 4 della riforma Cartabia.

Vi è poi un altro profilo non meno insidioso da prendere in considerazione: dal momento che le norme sulla prescrizione dell'azione penale hanno *ratio* processuale e non di diritto sostanziale, si potrebbe sostenere che per esse non valga l'acquisizione, risultante dalla famosa saga Taricco, secondo cui il principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2-3 Cost. preclude al giudice italiano la disapplicazione *contra reum* delle norme in tema di prescrizione, sebbene esse pregiudichino un'efficace tutela degli interessi dell'Unione europea tutelati dall'art. 325 TFUE. Il giudice, cioè, non può disapplicare quelle norme fino alla sentenza di primo grado, perché fino ad allora si tratta della prescrizione del reato, istituto di diritto sostanziale; ma si potrebbe sostenere che possa disapplicare le norme in materia di improcedibilità per prescrizione dell'azione penale nei gradi successivi, qualora frustrino «in un numero rilevante di casi» la tutela degli interessi UE in relazione a frodi “gravi”, perché l'improcedibilità è istituto processuale e, quindi, non si applica l'art. 25 co. 2-3 Cost.!

Ecco una ragione ulteriore per cui risulta molto pericolosa, per la tenuta complessiva dei principi costituzionali, la previsione della cessazione della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado e la sua ‘sostituzione’ con la prescrizione dell'azione penale.

IV.9. Ancora una soluzione contingente e inadeguata al problema della prescrizione.

Come si è avuto modo di motivare in precedenza, la riforma Cartabia avrebbe dovuto affrontare il nodo della depenalizzazione. Ciò va ribadito anche in rapporto al problema della prescrizione, che è strutturalmente legato all'ipertrofia del diritto penale sostanziale e all'insufficienza delle risorse dell'amministrazione della giustizia a gestire l'eccessivo carico di procedimenti che ne deriva. Sia la Commissione Lattanzi che la riforma hanno ignorato tale problema, che incide, oltretutto, sulla netta maggioranza delle prescrizioni, cioè quelle che si verificano in fase di indagini preliminari e fino alla sentenza di primo grado. In luogo di ciò, si estende il ricorso ad una deflazione processuale discrezionale, con uno spostamento di poteri verso giudici e pubblici ministeri, preoccupante per un sistema penale da stato costituzionale di diritto, vincolato alla legalità sostanziale e processuale.

Inoltre, come rilevato dalla stessa Commissione Lattanzi, la riforma legislativa non pone rimedio, se non con la modifica puntiforme ricordata in precedenza, ai guasti ed alle discriminazioni per tipi d'autore prodotti dalla legge ex Cirielli.

In rapporto alla prescrizione, anziché intervenire sostanzialmente sulla sola improcedibilità dell'azione penale in fase di impugnazione, andava affrontata una riforma strutturale dell'istituto.

Ma il problema della prescrizione ha radici ancora più profonde. In effetti, il disorientamento sociale legato alle frequenti prescrizioni di reati - ossia, l'effetto pregiudizievole in termini di prevenzione generale - deriva proprio dalla percezione collettiva di indebiti privilegi per tipi d'autore e, più ampiamente, per il dato secondo cui reati ritenuti attualmente gravi si prescrivono, mentre il contrario avviene per reati socialmente avvertiti come meno gravi. Ciò dipende, in ultima istanza, dalla frantumazione del sistema sanzionatorio sotto l'aspetto delle cornici e dei massimi edittali previsti nella parte speciale del codice penale e nella legislazione complementare, ben prima ed indipendentemente dalla disciplina largamente arbitraria - introdotta a partire dalla legge ex Cirielli, ma ampliata successivamente - del raddoppio di alcuni termini di prescrizione e delle deroghe all'interruzione della stessa.

Se, ad esempio, nel noto procedimento per i fatti della scuola Diaz - il cui ultimo esito fu la condanna dell'Italia da parte della Corte EDU con la sent. Cestaro -, è accaduto che le lesioni gravi realizzate da agenti di polizia che hanno rotto le ossa a diversi manifestanti si siano prescritte (termine di prescrizione 7 anni) mentre non si è prescritta la falsità ideologica relativa al rinvenimento delle bottiglie incendiarie (falso in atto fidefaciente, termine di prescrizione 10 anni), ciò è dovuto al dato per cui il codice Rocco considera bene di maggior valore la fede pubblica rispetto all'integrità fisica e, dunque, ritiene più grave falsificare un verbale che rompere le ossa a qualcuno. Gli esempi di rapporti relativi assurdi tra massimi edittali si potrebbero prostrarre a lungo, come illustrò Tullio Padovani ormai decenni orsono⁴²; e tali rapporti si riflettono su quali reati si prescrivano e quali no.

Un recupero strutturale di credibilità della disciplina della prescrizione e dell'intero sistema (sanzionatorio) penale passerebbe, dunque, per una riforma organica; l'aspirazione ad una vera 'riserva di codice' - anziché alla sua recente parodia - resta valida, a novant'anni dal codice Rocco, per quanto ardua. Ma ciò richiede un ben diverso impegno riformistico, oltre che condizioni politiche e culturali molto diverse dalle attuali. Ed allora, ci si potrebbe pure accontentare di meno, per affrontare il nodo della prescrizione: una riforma organica di quest'ultima, accompagnata però da una seria depenalizzazione, oltre che da ulteriori strumenti deflattivi, ma strutturati conformemente ad esigenze di legalità e agli altri principi costituzionali del diritto e del procedimento penale.

⁴² T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *RIDPP*, 1992, 419 ss.

GIUDIZIO PRINCIPALE E GIUDIZIO CAUTELARE: DOPPIO BINARIO E “INTERFERENZE” TRA ESIGENZE DI ACCERTAMENTO E SUSSISTENZA DEL *FUMUS DEL REATO*

Pierpaolo Dell’Anno - Luca Forte*

Sommario: 1. Premessa. - 2. L’evoluzione del rapporto tra giudizio cautelare e giudizio principale: stato dell’arte della giurisprudenza. - 3. Bilanciamento di interessi e possibile soluzione ermeneutica.

ABSTRACT

Gli autori analizzano la dibattuta questione relativa alla incidenza del giudizio principale nel procedimento cautelare, con particolare riferimento alla sussistenza del fumus commissi delicti concernente il sequestro preventivo operato nei confronti di alcuni beni immobili e somme di denaro. Ciò, anche alla luce del necessario bilanciamento di interessi tra l’accertamento del fatto storico, ed i necessari strumenti cautelari che pure interessano l’intera vicenda processuale.

The authors analyze the debated question relating to the incidence of the main proceedings in the precautionary proceeding, with particular reference to the existence of the fumus commissi delicti concerning the preventive seizure carried out against certain real estate and sums of money. This, also in light of the necessary balance of interests between the ascertainment of the historical fact, and the necessary tools precautionary measures which also affect the entire procedural matter.

* Professore ordinario di Diritto Processuale Penale presso l’Università degli Studi di Roma - Tor Vergata; Dottore di Ricerca in Diritto Processuale Penale presso l’Università degli Studi di Roma - Nicolò Cusano - Telematica Roma. Sebbene il lavoro sia frutto della riflessione comune degli Autori, sono attribuiti a Luca Forte i paragrafi 1, 2 mentre a Pierpaolo Dell’Anno il paragrafo 3.

1. Premessa.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento¹, affronta la interessante e già dibattuta questione relativa alla incidenza del giudizio principale nel procedimento cautelare, con particolare riferimento alla sussistenza del *fumus commissi delicti* in relazione al sequestro preventivo operato nei confronti di alcuni beni immobili e somme di denaro nei confronti di un soggetto imputato per il reato di corruzione propria.

In particolare, il Tribunale del riesame, in sede di rinvio ed in parziale accoglimento dell'appello proposto dal Pubblico Ministero avverso il provvedimento del Giudice per le Indagini Preliminari che aveva rigettato la domanda cautelare, disponeva il vincolo reale. Del resto, il Collegio cautelare, come detto, aveva già parzialmente accolto l'appello del Pubblico Ministero, ma la Corte di Cassazione² aveva annullato l'ordinanza in relazione al requisito del *fumus commissi delicti*, in particolare fondando la decisione sulla sussistenza, in capo all'imputato, della qualifica di incaricato di pubblico servizio ed alla proporzionalità dell'oggetto della misura rispetto all'ipotizzato profitto derivante dal reato. Per effetto di tale annullamento, il Tribunale del riesame accoglieva di nuovo, seppur parzialmente, l'appello del pubblico ministero, sostenendo peraltro che il sequestro fosse stato disposto ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p., ma la Corte di Cassazione³, nuovamente annullava l'ordinanza, ritenendo che il Tribunale non si fosse uniformato al principio di diritto indicato dallo stesso giudice di legittimità, il quale aveva ritenuto necessario compiere alcuni accertamenti al fine di risolvere la questione relativa alla sussistenza della qualifica soggettiva.

In sede di secondo giudizio di rinvio, il Tribunale del riesame, nell'accogliere di nuovo l'appello del Pubblico Ministero e nel disporre il sequestro dei beni indicati, evidenziava come in epoca successiva alla sentenza della Cassazione che disponeva il primo rinvio, e successivamente alla seconda ordinanza dello stesso Tribunale, ma prima della nuova sentenza di annullamento, fosse stato disposto il rinvio a giudizio dell'imputato, circostanza che ha permesso al Tribunale di confermare l'esistenza del *fumus* del delitto ipotizzato e di escludere la violazione dell'obbligo di uniformarsi al principio di diritto enunciato nella sentenza della Corte di Cassazione.

2. L'evoluzione del rapporto tra giudizio cautelare e giudizio principale: stato dell'arte della giurisprudenza.

Il legislatore del 1988 ha dettato regole ben precise in una materia che, nel precedente codice di rito, non riconosceva il fine preventivo della coercizio-

¹ Cass. pen., sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 20181.

² Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2019, n. 12241.

³ Cass. pen., sez. II, 24 settembre 2019, n. 45863.

ne reale e che più volte aveva visto adottare misure volte a interrompere l'*iter* criminoso e a impedire la commissione di nuovi reati. Le nuove disposizioni hanno creato un quadro normativo dai contorni ben definiti stabilendo la riserva di giurisdizione e il principio di tassatività. Per l'applicazione del sequestro preventivo è necessario che ricorrano due presupposti: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

In relazione all'estensione concettuale del *fumus comissi delicti* le posizioni della dottrina appaiono variegiate. Da una parte v'è chi ritiene che siano sufficienti precisi indizi di reato il cui collegamento con la fattispecie sia certo ed univoco e vi sia coincidenza tra la fattispecie concreta e fattispecie legale ipotizzata⁴. Vi è, poi, chi sostiene che il *fumus* si sostanzia nei gravi indizi di colpevolezza⁵, oltre alla posizione di chi reputa sufficiente ad integrare il *fumus* la sussistenza di un quadro indiziario grave sia in ordine alla avvenuta commissione del reato per cui si procede sia in ordine alla pertinenza del bene da sottoporre a sequestro al reato sia, infine, in relazione al rischio che la libera disponibilità della cosa possa costituire in relazione al quadro criminoso⁶. La Corte costituzionale, in merito, è intervenuta statuendo che il codice prescinde da qualsivoglia profilo di colpevolezza perché la funzione preventiva non si rivolge all'autore del reato ma alla *res*. Purtuttavia è sempre la Corte a precisare che il giudice deve comunque verificare che un reato esista almeno nella sua astratta configurabilità⁷. Sull'argomento, la Cassazione a Sezioni Unite⁸, chiamata a risolvere un contrasto, ha precisato che in sede di applicazione di una misura cautelare reale al giudice è preclusa la valutazione sugli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi nonché sulla fondatezza dell'accusa. Il giudice deve, cioè, verificare che il fatto attribuito sia semplicemente riconducibile ad una fattispecie di reato. E ciò perché, in punto di condizioni generali di applicabilità, le misure cautelari reali vanno tenute distinte dalle omologhe personali: la libertà personale e la libera disponibilità dei beni sono, difatti, valori aventi un'essenza diversa e, conseguentemente, sono da tutelare con un grado di attenzione differente. La pericolosità della *res*, nel caso del sequestro preventivo, giustifica l'apposizione della cautela reale e, pertanto, non possono trovare applicazione gli artt. 273 e 274 c.p.p., dettati con esclusivo riferimento alle misure personali⁹. Anche l'antigiuridicità del fatto, nelle argomentazioni delle Sezioni Unite, deve essere valutata in maniera astratta, essendo sufficiente la semplice enunciazione di una ipotesi di reato in relazione alla quale si appalesi la necessità di comprimere la libera

⁴ N. GALANTINI, *sub Art. 321 c.p.p.*, in E. AMODIO - O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 270.

⁵ P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, 143.

⁶ L. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 558.

⁷ C. cost., 17.2.1994, n. 48, in *Cass. pen.*, 1994, 1455.

⁸ Cass. pen., S.U., 23.4.1993, *Gifuni*, in *Cass. pen.*, 1993, 1969.

⁹ Cass. pen., S.U., 4.5.2000, *Mariano*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 255.

disponibilità di una *res ad esso pertinente*¹⁰. In questo scenario, si colloca una differente ricostruzione, secondo la quale il *fumus* si sostanzierebbe nella sussistenza di indizi di commissione del fatto per il quale si procede; e, ciò, al fine di scongiurare il pericolo che la misura possa trasformarsi in abuso. In alcune pronunce delle Sezioni Unite si possono intravedere argomentazioni di stampo analogo¹¹. Non può, dunque, esserci l'apposizione di un sequestro sul presupposto che il soggetto abbia intenzione di commettere un reato, ma è necessario che storicamente si sia verificato un fatto avente i connotati di un illecito penale¹². Il principio di legalità, difatti, condiziona alla tipizzazione non solo la punibilità dell'agente ma anche l'applicabilità delle misure cautelari e, pertanto, in linea con questo indirizzo giurisprudenziale, la misura può essere mantenuta solo quando sia possibile stabilire l'esistenza di un vincolo tra la *res* e il reato per cui si procede. La specificazione di tale vincolo, dunque, deve contenere la precisazione del fatto concreto e della sua riferibilità al soggetto interessato¹³. Ciò posto, la giurisprudenza manifesta posizioni non del tutto uniformi¹⁴ pur se gli orientamenti prevalenti trascurano di tenere in considerazione la circostanza per la quale le misure cautelari reali incidono su interessi costituzionalmente protetti e richiederebbero, pertanto, interpretazioni più rispettose, dal momento che il sequestro preventivo potrebbe avere un contenuto più afflittivo di quello di talune misure cautelari personali. Secondo la dottrina¹⁵ la soluzione più corretta sembrerebbe quella di considerare necessaria la sussistenza di gravi indizi di reità a carico di taluno: occorrerebbe, dunque, ricercare il collegamento tra reato e una *res* e non tra il reato e una persona, non essendo indispensabile l'individuazione del responsabile dell'illecito e potendo, la misura, colpire beni di proprietà di terzi. Non avrebbe importanza, così, una valutazione sulla colpevolezza ma un giudizio, positivo, in ordine alla sentenza di condanna. Il giudice, quindi, deve effettuare una valutazione degli elementi rappresentati dal pubblico ministero al fine di verificare l'esistenza di un legame tra *res* e reato.

La soluzione offerta dai giudici di legittimità circa il riverbero che il giudizio sulla sussistenza del reato operato dal giudice della cognizione ha sulla valutazione del presupposto del *fumus* in sede di impugnazioni cautelari è diversa rispetto a quella elaborata per le misure cautelari personali, attesa «l'ontologica diversità di regole relative alle misure cautelari personali rispetto a quelle riguardanti le misure cautelari reali»¹⁶.

¹⁰ Cass. pen., sez. II, 13.5.2008, *Sarica*, in *Guida dir.*, 2008, f. 27, 92.

¹¹ Cass. pen., S.U., 20.11.1996, *Bassi*, in *Cass. pen.*, 1997, 1673 ma anche Cass. pen., S.U., 25.10.2000, *Poggi Longostrevi*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 58.

¹² Cass. pen., sez. III, 30.6.1993, *Crispo*, in *Cass. pen.*, 1994, 1610.

¹³ Cass. pen., sez. I, 23.8.1994, *Grazioso*, in *CED Cass.*, n. 198922.

¹⁴ P. GUALTIERI, *sub Art. 321 c.p.p.*, in A. GIARDA - G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 3852.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Così testualmente Cass. pen., sez. IV, 16.12.2015, n. 4567, in *www.lpenalista.it*, 2016, 17 giugno.

Come si è visto, in riferimento alle misure cautelari personali la Corte di cassazione esclude che l'emissione del decreto di rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 429 c.p.p. possa impedire la rivalutazione della gravità indiziaria in sede di riesame¹⁷.

In ordine ai sequestri cautelari la Corte sostiene l'inammissibilità della rivalutazione del *fumus* dopo la pronuncia della sentenza di condanna, poiché il provvedimento emesso all'esito del dibattimento di primo grado contiene un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato che per incisività assorbe i gravi indizi di colpevolezza per la disposizione della cautela personale, la cui sussistenza non è nemmeno richiesta per la cautela reale, dato che in questo secondo caso ai fini dell'esistenza del *fumus* è sufficiente la semplice astratta configurabilità del reato. Ogni questione relativa al *fumus* del sequestro è preclusa nella sua rivalutazione in sede di riesame, salvo che intervengano elementi nuovi e sopravvenuti. I giudici di legittimità, contrariamente a quanto accade per le misure cautelari personali, sostengono l'improponibilità della rivalutazione del *fumus* del sequestro anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art. 429 c.p.p.¹⁸.

Tale provvedimento implica una valutazione netta sull'esistenza della tesi accusatoria tanto da rendere superfluo il successivo controllo sul presupposto del *fumus* del reato, operato comunque in modo sommario dal tribunale del riesame rispetto al vaglio operato dal giudice dell'udienza preliminare. La gravità indiziaria a carico dell'indagato non è tra i presupposti applicativi del sequestro preventivo e non va valutata dal giudice della cautela in sede applicativa. L'intervenuta emissione del decreto di rinvio a giudizio implica un controllo pregnante sulla sostenibilità dell'accusa, certamente più rigoroso e già assorbente di quello operato in sede di impugnazione cautelare sull'astratta configurabilità del reato, e perciò sufficiente a sostenere l'esistenza del *fumus*.

Parte della dottrina ha sollevato alcuni rilievi critici in ordine a questo orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁹. Si obietta che in sede di udienza preliminare la valutazione compiuta dal giudice non riguarda la colpevolezza dell'imputato, ma si limita a vagliare l'opportunità di instaurare il futuro dibattimento, ostacolando l'approdo a giudizio delle imputazioni azzerate.

¹⁷ Per questo argomento cfr. P. FERRONE, *Il sequestro nel processo penale*, cit., 48 e G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, vol. II, cit., 71 ss. Di tale avviso anche la giurisprudenza di legittimità, la quale affermava che: "Il sequestro per il procedimento penale [inibiva] per i fini della prova la disponibilità delle cose pertinenti al reato" cfr. Cass. pen., 9 novembre 1960, in *Giust. pen.*, 1961, III, 461 ss.

¹⁸ Cass. pen., sez. IV, 16.12.2015, n. 4567, in *www.lipenalista.it*, 2016, 17 giugno, Cass. pen., sez. II, 05.11.2013, in *CED Cass.*, n. 2210 e Cass. pen., sez. V, 17.04.2009, n. 30596, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 594.

¹⁹ V. G. CANESCHI, *Connotazione "oggettiva" o "soggettiva" del sequestro preventivo e valutazione del fumus commissi delicti dopo il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2011, II, 605 ss.

Il decreto che dispone il giudizio non comporta un pregiudizio in ordine all'affermazione della responsabilità del soggetto, dunque non si ravvisa una situazione analoga a quella che intercorre tra sentenza dibattimentale di primo grado e vicenda cautelare. Solo in questo secondo caso il provvedimento del giudizio principale, la sentenza di condanna, contiene un accertamento così pregnante del fatto di reato e della sua attribuzione soggettiva da ostacolare la rivalutazione del *fumus* da parte del giudice del riesame.

Inoltre, i due procedimenti, principale e cautelare, sono autonomi tanto che in alcun modo la decisione cautelare può dispiegare i suoi effetti sulla formazione della decisione di merito. Questa separazione è stata confermata dalla Corte costituzionale che ha censurato l'art. 405 comma 1-*bis* c.p.p., nella parte in cui imponeva l'archiviazione "coatta" a seguito della formazione del giudicato cautelare sull'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza²⁰.

Infine, il decreto che dispone il giudizio non è motivato e comporta, se richiamato *per relationem* nella motivazione del sequestro preventivo ai fini della sussistenza del *fumus*, un grave pregiudizio per la difesa, la quale non solo è privata di idonea argomentazione a sostegno del vincolo reale, ma anche della possibilità di sottoporre il sequestro al riesame.

Nel solco di questo indirizzo interpretativo che estende l'operatività del principio dell'assorbimento cautelare, la Corte di legittimità esclude anche che un nuovo vaglio sulla sussistenza del *fumus* possa essere operato nel caso di emissione del decreto di sequestro preventivo successivamente al decreto con cui si è disposto il giudizio immediato. Proprio perché il *fumus* non deve investire la concreta fondatezza della pretesa punitiva ma limitarsi all'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una specifica ipotesi di reato, è già contenuto nella valutazione in ordine alla consistenza della fondatezza dell'ipotesi d'accusa alla base del rito speciale²¹.

La Corte arriva a riconoscere efficacia preclusiva alla rivalutazione del presupposto del *fumus* del sequestro preventivo anche al provvedimento di annullamento dell'ordinanza applicativa della misura cautelare personale, nella quale sia stata rilevata l'inidoneità delle condotte contestate all'indagato ad integrare il reato ipotizzato. In questo caso l'esclusione della sussistenza dei

²⁰ C. cost. 24 aprile 2009, n. 121, in www.cortecostituzionale.it. Come noto, la riforma attuata con legge 20 febbraio 2006 n. 46, "Modifiche al codice di procedura penale in tema di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento" ha comportato l'inserimento di un comma 1-*bis* nel corpo dell'art. 405 c.p.p., secondo il quale "il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula[va] richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si [era] pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non [erano] stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini". La previsione in esame ha introdotto un ulteriore caso di archiviazione rispetto a quelli già contemplati agli artt. 408, 411 e 415 c.p.p.; la ratio della disposizione era quella di semplificare il procedimento e di chiuderlo immediatamente, senza posticipare l'esito, comunque favorevole per il futuro imputato, a conclusione della fase dibattimentale. Tale previsione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale nella pronuncia citata.

²¹ Cass. pen., sez. II, 09.09.2015, in *CED Cass.*, n. 49188.

gravi indizi di colpevolezza fa venire meno la stessa astratta configurabilità della fattispecie criminosa, che è invece requisito essenziale per l'applicabilità della misura cautelare reale²².

L'affermazione da parte dei giudici di legittimità dell'esclusione dell'applicabilità dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p. alle misure cautelari reali e la coincidenza del *fumus* del sequestro con l'astratta configurabilità del reato costituisce il punto di riferimento per la prevalente giurisprudenza successiva alla pronuncia a Sezioni Unite del 1993, la quale cristallizza l'interpretazione dell'art. 321 c.p.p. in punto di *fumus* del sequestro.

I giudici di merito²³, di fronte a tale interpretazione, sollevano questione di legittimità costituzionale degli artt. 321 e 324 c.p.p. rispetto agli artt. 24, 97, 111 e 42 Cost.

Le censure evidenziate dal giudice a quo nell'ordinanza di remissione sono molteplici. In primo luogo l'organo rimettente lamenta una violazione del diritto di difesa, poiché, precludendo al giudice della cautela e, successivamente, dell'impugnazione di effettuare un controllo sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e della loro gravità, si negano anche gli spazi all'indagato/imputato per apprestare qualsiasi difesa sul merito del sequestro.

Il combinato disposto degli artt. 321 e 324 c.p.p. violerebbe anche l'art. 97 Cost., dal momento che la decisione del giudice, limitata al controllo di compatibilità tra fattispecie concreta e astratta, finisce per appiattirsi su una mera operazione burocratica di ratifica della richiesta operata dall'accusa, contraria al principio di buon andamento dell'amministrazione giudiziaria.

Per altro verso, le norme del codice di rito si pongono in contrasto con il principio di cui all'art. 111 Cost., in quanto la mancata valutazione degli indizi di colpevolezza non consente una motivazione "concreta", capace di evidenziare i motivi per i quali viene operata una limitazione di diritti soggettivi garantiti dalla Costituzione.

La disciplina del sequestro preventivo contrasterebbe anche con l'art. 42 comma 2 Cost., poiché la restrizione operata al diritto di proprietà tramite il sequestro si colloca al di fuori degli scopi e della funzione della riserva di legge prevista nella disposizione costituzionale, che individua le uniche ipotesi in cui il diritto soggettivo può essere limitato.

La Corte costituzionale, investita della questione, esclude l'illegittimità della disciplina del sequestro preventivo, così come risultante dal combinato disposto degli artt. 321 e 324 c.p.p., nella sentenza 17 febbraio 1994, n. 48²⁴.

La principale argomentazione impiegata dalla Corte si appunta sulla diversità dei valori coinvolti nella disposizione delle misure cautelari personali e reali.

²² Cass. pen., sez. VI, 25.10.2011, in *CED Cass.*, n. 39249.

²³ Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 17.06.1993, n. 389, in *G.U.*, 44, 1993.

²⁴ Corte cost., sent. 17.02.1994, n. 48 in *www.cortecostituzionale.it*.

Il legislatore, pur avendo riconosciuto il grado di afflittività del sequestro preventivo non si è spinto ad assimilare totalmente le condizioni di applicabilità delle misure cautelari personali a quelle reali, dal momento che non ha richiamato espressamente l'art. 273 c.p.p. in relazione ai sequestri.

Questa scelta, su cui ha fatto leva la giurisprudenza di legittimità che ha escluso la gravità indiziaria tra i presupposti del sequestro preventivo, non contrasta di per sé con il principio di inviolabilità del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost., in quanto esso può essere diversamente modulato e garantito a seconda delle differenti sedi procedimentali e in relazione ai vari istituti ove è esercitato. Questo significa che non c'è un obbligo costituzionale di assegnare identico contenuto difensivo a rimedi che, pur terminologicamente identici, si distinguono sul piano strutturale e per i soggetti che vi sono coinvolti. Ciò accade anche per lo strumento del riesame, previsto con identica denominazione per le misure cautelari personali e reali.

Il sequestro preventivo ha ad oggetto "cose" che per il loro tasso di pericolosità giustificano l'imposizione della cautela. Ciò significa che il sequestro deve raccordarsi a un reato, nella sua realtà fenomenica, ma può prescindere dalla colpevolezza, perché l'esigenza di prevenzione non si proietta necessariamente sull'autore del reato ma coinvolge solo cose "pericolose". Le misure cautelari personali, invece, dipendono ontologicamente dal profilo di colpevolezza del soggetto attinto dalla misura.

I valori sottesi alle due misure sono diversi: da un lato la libertà personale, dall'altro la libera disponibilità dei beni. Questi valori, attesa la loro diversità, possono essere differenzialmente graduati dalla legge con gli interessi di tutela della collettività legati all'accertamento e repressione dei reati.

La conseguenza di tale ratio è la possibilità di costruire differenzialmente il potere del giudice di disporre le cautele, con conseguente diversità in ordine al tipo di controllo operato in sede di gravame e all'ampiezza del sindacato giurisdizionale in riferimento alla verifica della base fattuale richiesta per l'adozione delle misure cautelari, ravvisate nei parametri di elevata probabilità di responsabilità per le cautele personali e del *fumus commissi delicti* per i sequestri.

Inoltre, si deve considerare il rischio derivante da un giudizio d'impugnazione volto alla verifica degli indizi di colpevolezza e della loro gravità. Ammettendo in sede di riesame un potere di controllo sul merito della re-giudicanda, si assisterebbe alla dilatazione dell'oggetto del procedimento incidentale dal tema della verifica del pericolo della libera disponibilità dei beni legati al reato a quello, molto più ampio, della responsabilità penale del soggetto, già oggetto del giudizio principale, con la creazione di una sorta di "processo nel processo".

È da escludere anche il contrasto con l'art. 42 Cost., in quanto i limiti di disponibilità dei beni si correlano alla funzione preventiva della cautela, e quindi ad esigenze connesse a una situazione di pericolo per la collettività.

Sono, infine, da escludere anche i profili di incostituzionalità relativi agli artt. 97 e 111 Cost., in quanto, dovendo il giudice valutare integralmente i

presupposti che legittimano la misura, la sua attività non si ferma a un mero controllo burocratico della richiesta del pubblico ministero, ma si spinge oltre e dà atto della verifica compiuta nella motivazione del provvedimento applicativo, che soddisfa l'obbligo di cui all'art. 111 comma 6 Cost., previsto per tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Quanto al giudizio sul *fumus* del sequestro, la Corte sostiene che la giurisprudenza richiamata nell'ordinanza di rimessione non preclude al giudice della cautela l'esame del fatto per il quale si procede. Anzi, il giudice deve verificare l'esistenza di un reato, almeno nella sua astratta configurabilità, perché il vincolo di indisponibilità trova giustificazione nella pericolosità della *res* che intrattiene un rapporto di pertinenzialità con l'illecito penale. In tal modo consente alla difesa di contestare la fattispecie individuata dall'accusa, facendo venir meno il carattere di pertinenzialità cui è connesso il vincolo.

Con questa sentenza la Corte costituzionale esclude in modo chiaro la necessità dei gravi indizi di colpevolezza per la disposizione del sequestro preventivo.

Non sembra, invece, possibile individuare con altrettanta limpidezza il contenuto che essa attribuisce al *fumus* e il tipo di accertamento che va compiuto sul presupposto.

La Corte costituzionale fa anch'essa ricorso alla formula dell'astratta configurabilità, senza però precisare come il giudizio di sussumibilità della fattispecie concreta in quella normativa vada condotto. Sembra, tuttavia, non escludere la possibilità di un controllo più approfondito da parte del giudice della cautela, che non si deve arrestare alla presa d'atto di una mera asserzione di un'ipotesi di reato da parte dell'accusa, laddove fa riferimento in motivazione all'«esame del fatto per cui si procede», ricavando in tal modo spazi per la verifica dell'organo giurisdizionale sul collegamento tra i fatti rappresentati e le risultanze processuali.

3. Bilanciamento di interessi e possibile soluzione ermeneutica.

La sentenza in commento permette di effettuare alcune brevi riflessioni, soprattutto per quanto concerne il rapporto, già peraltro menzionato, tra procedimento principale e procedimento cautelare, anche alla luce del necessario bilanciamento di interessi tra l'accertamento del fatto storico, ed i necessari strumenti cautelari che pure interessano l'intera vicenda processuale.

La dottrina, sostenendo in larga parte una valutazione accurata e pregnante del requisito del *fumus*, evidenzia alcuni profili critici dell'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, che abbassa il controllo del presupposto all'astratta configurabilità del reato.

Una tale esegesi dell'art. 321 c.p.p. comporta l'impossibilità per la difesa di contestare l'assunto dell'accusa, perché è quasi impossibile dimostrare che una condotta non sia neppure astrattamente configurabile come reato. Il *fumus* del reato, appiattito sul sindacato dell'astratta configurabilità, si traduce

in una finzione di *fumus*, nel senso che il giudice si limita a supporre l'esistenza dell'illecito sulla sola base del carattere genericamente sospetto delle operazioni relative ai beni che si intendono vincolare col sequestro. Il rischio è quello di trasformare il sequestro in una cautela a *fumus* presunto, per la quale è sufficiente l'allegazione da parte dell'accusa della mera esistenza di un reato. La difesa, entro gli steccati angusti dell'astratta configurabilità, non solo è privata del suo diritto di interloquire sul merito della fattispecie che gli è contestata in violazione dell'art. 24 Cost., ma così facendo, è gravata da una vera e propria inversione dell'onere probatorio, in base alla quale diventa il destinatario della misura colui che deve dimostrare l'insussistenza del *fumus*, tramite la produzione di elementi che ne inficino l'esistenza, dovendo fronteggiare in tal modo una *probatio* diabolica²⁵.

Questa logica di accertamento presuntivo sottesa alla valutazione del *fumus* come astratta configurabilità solleva qualche problema di compatibilità anche rispetto ad altri parametri costituzionali, oltre a quello già ricordato del diritto di difesa.

I punti di frizione dell'istituto riguardano il principio di legalità e quello di presunzione di innocenza. Da un lato il giudice smarrisce il proprio ruolo di garante della legalità, poiché, rinunciando a un controllo accurato su tutti i presupposti applicativi del sequestro, affida la disposizione della misura reale alla volontà dell'accusa, con perdita del carattere giurisdizionale del procedimento cautelare.

Inoltre, il sacrificio imposto col sequestro ai diritti patrimoniali e alle libertà personali al di fuori di specifiche esigenze cautelari legate alla commissione di un reato violano il principio di cui all'art. 27 Cost., che impedisce restrizioni in capo al soggetto prima di una condanna definitiva, fatte salve le specifiche ragioni indicate dal legislatore e verificate nella loro concreta sussistenza da un giudice.

Un insufficiente apprezzamento del *fumus* comporta, inoltre, l'impossibilità per il giudice di assolvere l'obbligo di motivare il provvedimento applicativo della cautela ai sensi dell'art. 111 comma 6 Cost., precludendo una motivazione vera e concreta del sequestro.

Nella situazione relativa al caso di specie, condividendo quanto rilevato dalla giurisprudenza di legittimità e, prima ancora, sostenuto dal difensore dell'imputato, se è astrattamente condivisibile l'assunto secondo cui il rinvio a giudizio può precludere la valutazione del *fumus commissi delicti* in tema di sequestro preventivo, è altrettanto vero che il principio in questione deve essere conformato ed esplicitato in relazione ai casi in cui detta valutazione sia stata compiuta, come nel caso di specie, in modo errato prima del "fatto sopravvenuto", costituito appunto dal rinvio a giudizio. Del resto, proprio per

²⁵ Per questi rilievi critici cfr. M. PIERDONATI, *Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo*, cit., 1004 e M. CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 12, 4441 ss.

effetto dell'annullamento disposto dalla Cassazione, e del principio di diritto cui il Tribunale è tenuto ad uniformarsi, la valutazione del *fumus* sia più peculiare nel caso di specie rispetto alla regola di giudizio che è a fondamento del decreto che dispone il giudizio, cioè come detto la minima probabilità di colpevolezza e la utilità dell'accertamento dibattimentale.

Non può essere dunque condivisa, di conseguenza, l'impostazione del giudice del rinvio, il quale ha ritenuto di sottrarsi al vincolo derivante dalla sentenza di annullamento attraverso la valorizzazione di un fatto processuale nuovo (costituito appunto dal decreto che dispone il giudizio) a cui si è attribuita una valenza preclusiva ed una decisiva rilevanza formale, fondata sul presupposto che ciò che il Tribunale avrebbe dovuto specificamente verificare fosse stato inglobato dalla operata e sovrapponibile valutazione compiuta dal Giudice in sede di udienza preliminare. Motivo, quest'ultimo, dal quale deriva un nuovo rinvio al Tribunale del riesame, anche per la verifica della sussistenza dei principi di proporzionalità e adeguatezza in relazione al vincolo reale disposto.

L'IDENTITÀ VOCALE E LA FILASTROCCA DELL'ORECCHIO ALLENATO

Katia La Regina*

ABSTRACT

L'A. analizza il discutibile percorso interpretativo con cui si qualifica il riconoscimento della voce eseguito dall'interprete e dagli operatori di polizia giudiziaria come prova utilizzabile ai fini dell'identificazione del parlatore.

The A. analyzes the questionable interpretative path which qualifies a voice recognition carried out by the interpreter and by the police operators as a proof for the speaker identification.

La sentenza in commento sintetizza, nelle poche righe dedicate al tema dell'identificazione vocale, un *trend* assolutamente consolidato nell'approccio giurisprudenziale a questa materia.

Il caso – classico – è quello di un riconoscimento eseguito su materiale intercettato nel corso delle indagini preliminari dall'interprete e dagli operatori di polizia giudiziaria che – con certezza, sottolinea la Corte – asseriscono che la voce captata appartiene all'indagato. Da qui – senza null'altro aggiungere – discende l'utilizzabilità degli esiti di quella che – sempre a detta della Corte – è una ricognizione vocale¹.

Non servono ulteriori spiegazioni in un settore in cui vige un regime di anarchia acquisitiva. Sulla scena processuale, del resto, i risultati del riconoscimento vocale riescono ad insinuarsi attraverso qualunque feritoia, comprese quelle del buon senso. Così, la pronuncia ripropone la consolidata prassi con cui, a partire dall'alterazione dello schema disegnato in merito ai rapporti tra individuazione (art. 361 c.p.p.) e ricognizione (art. 216 c.p.p.), si procede ad una omologazione dei due istituti ed alla progressiva trasformazione del riconoscimento eseguito nel corso delle indagini preliminari in un

* Professore Associato di Diritto Processuale Penale presso l'Università Giustino Fortunato di Benevento.

¹ Nello stesso senso, in precedenza, Cass., sez. II, 27-10-2020, Cera, *CED*, 280064, ha ritenuto che l'interprete nominato per la traduzione e trascrizione delle conversazioni registrate può identificare gli interlocutori e compiere un'attività di carattere comparativo e ricognitivo.

atto a valenza probatoria, come tale utilizzabile a fini cautelari² e decisori, sia in dibattimento che nel giudizio abbreviato³.

Nulla quaestio, poi, che il riconoscimento non sia stato eseguito da un perito fonico ma dall'interprete e dagli operanti perché, in materia di identificazione auditiva, basta un qualunque orecchio allenato all'ascolto per marginalizzare il ruolo dell'esperto. L'identificazione, del resto, si ritiene eseguibile anche attraverso l'attribuzione, agli ufficiali o agli agenti addetti all'ascolto, del compito di procedere all'abbinamento dei nominativi agli interlocutori delle conversazioni intercettate; una attestazione dei brogliacci utilizzabile – come pare nel caso di specie – persino laddove difetti l'indicazione dell'operante riconoscente, reputandosi «essenziale la valutazione contenuta nell'atto di polizia giudiziaria posto alla base dell'accertamento di responsabilità»⁴.

L'approccio, dunque, è autenticamente fideistico, tanto che – nel silenzio della Corte – la questione relativa alla necessità di disporre perizia fonica non si pone neppure.

Cosa conta, quindi, per ritenere raggiunto l'obiettivo dell'identificazione di una voce? Esattamente come accade quando a venire in rilievo sia un riconoscimento auditivo c.d. informale, cioè effettuato nel corso della testimonianza, senza il rispetto delle formalità previste per la ricognizione dall'art. 216 c.p.p., basta che sussista una duplice condizione: l'affidabilità del ricognitore e la sicurezza espressa nel riconoscimento.

Errore metodologico prevedibile quando la conoscenza della materia è scarsa.

Innanzitutto, a dispetto delle molte ricerche condotte sul tema⁵ – è tutt'altro che dimostrata l'esistenza di una correlazione tra sicurezza nel riconoscimento e correttezza del medesimo; persino la correlazione tra familiarità con la voce da riconoscere e sicura attendibilità del riconoscimento è smentita dagli studi in cui si evidenzia che, anche a fronte di una abitudine all'ascolto, l'identificazione auditiva debba essere vagliata con «particolare prudenza» perché essa risente, ancor più del riconoscimento personale, «di numerose variabili contestuali»⁶, tra cui si pongono – specificamente segna-

² Cass., sez. VI, 8-1-2008, Gionta, *CED*, 239725; Cass., sez. II, 23-11-2004, p.m. in proc. Teri, *ivi*, 229909; in precedenza, Cass., sez. VI, 19-2-1992, Papale, *ivi*, 191250.

³ Cass., sez. III, 27-10-1995, Megna, *CED*, 203906.

⁴ Così, Cass., sez. II, 11-5-2017, Evangelista, *inedita*.

⁵ Solo per limitarci a pochi esempi, v. K.A. DEFFENBACHER, *Eyewitness accuracy and confidence: can we infer anything about their relationship?*, in *Law and Human Behavior*, 1980, n. 4, 243; J.L. DEVENPORT – S.A. STUDEBAKER – S.D. PENROD, *Perspectives on jury decision-making*, in AA. VV., *Handbook of applied cognition*, Chichester, 1999, 819; A.D. YARMEY, *The psychology of speaker identification and earwitness memory*, in AA.VV., *Handbook of eyewitness psychology*, II, New York, 2014, 110.

⁶ Su punto, v. le *Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, consultabili su www.fondazionegullotta.org.

lati nei casi in cui il riconoscimento venga effettuato dagli operatori di polizia giudiziaria – i rischi di polarizzazione nella direzione della aspettativa⁷.

In secondo luogo, sembra ignorarsi che l'approccio sensoriale restituisce un risultato gravido di insidie suscettibili di manifestarsi già nella fase percettiva della voce, la quale, per sua natura, non è caratterizzata dalla stessa precisione e dalla stessa determinatezza che connota l'omologo visivo. Del resto, sono basi magmatiche quelle su cui si fonda il fenomeno ricognitivo, le quali, inevitabilmente, determinano un elevato tasso di soggettivismo del riconoscimento, oltre che un consistente grado di fallibilità.

Persino l'indagine tecnica, del resto, sconta il fatto di incentrarsi su un «bioindicatore dotato di una capacità “caratterizzante” imperfetta»⁸. La voce, a differenza di una impronta digitale o genetica, non è immutabile e non possiede caratteristiche sufficientemente univoche da consentire sempre e comunque la distinzione di una persona da un'altra o l'emersione di una identità dalla moltitudine indifferenziata. Il problema principale è connesso al fatto che la variabilità non si presenta solo a livello interindividuale – cioè da persona a persona – ma anche a livello intraindividuale; la voce di un medesimo individuo, infatti, subisce variazioni sia legate al trascorrere del tempo (variabilità di lungo termine) che connesse a situazioni contingenti (variabilità di breve termine), come lo stato d'animo, lo stato di salute, il fumo di una sigaretta, l'assunzione di un determinato tipo di bevanda. Anche il canale di trasmissione deve considerarsi come fattore fortemente incidente perché la voce di un medesimo individuo è soggetta a modifica ove, ad esempio, registrata o veicolata da un microfono o da un telefono cellulare⁹.

Il «dramma di giudicare in condizioni di incertezza probatoria»¹⁰, tuttavia, non può costituire un alibi per coltivare prospettive che, a ben vedere, sono in ultima analisi di disimpegno motivazionale: se le risorse per procedere al controllo sono collocate in un campo ancora minato dalla assenza di consolidate conferme da parte della comunità scientifica, l'orecchio allenato dell'interprete o dell'operatore non può – per ciò solo – divenire l'approdo sicuro, e più comodo, per ancorare l'attendibilità della base cognitiva.

Che al fondo si tratti di una variazione sul tema di quella tendenza rinunciataria molto spesso denunciata dalla dottrina che ha analizzato i rapporti tra scienza e processo¹¹, emerge anche nei casi in cui si faccia spazio all'ingresso del sapere specialistico nel processo penale.

⁷ Su questo fenomeno, v. C. SHERRIN, *Earwitness evidence: the reliability of voice identification*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 52 (3), 2015, 14.

⁸ Così M. BIRAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, in *RIDPP*, 2015, 1842 ss.

⁹ Sulla molteplicità dei fattori che influiscono sulle variazioni della voce di un medesimo individuo, v. F. ALBANO LEONI - P. MATURI, *Fonetica sperimentale e fonetica giudiziaria*, in *GP*, 1991, I, 316.

¹⁰ Questa condizione è evocata da G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 55.

¹¹ Cfr., per tutti, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 236.

Emblematica a tal proposito è la decisione con cui si è preso in considerazione il caso di una perizia attraverso cui, per la prima volta, si è proceduto all'impiego di un metodo completamente automatico di identificazione vocale, denominato *speaker recognition sistem*. Qui, a dispetto del larvato accenno ai criteri enucleati dalla sentenza Daubert¹², l'attendibilità dei risultati dell'indagine fonica è stata desunta esclusivamente dal fatto che «il sistema aveva effettuato una oggettiva comparazione dei dati interamente affidata al *software*» e che, dunque, l'identificazione non era stata basata solo su «interpretazioni meramente soggettive»¹³.

C'è un filo rosso che lega questi due modi di concepire l'identificazione vocale, all'apparenza così tanto eterogenei. A ricomporre la marcata antinomia c'è, infatti, una «deresponsabilizzazione cognitiva del giudice»¹⁴ il quale si accontenta di proiettare sul risultato le garanzie di attendibilità che sembrano poter essere attribuite alla fonte, non importa se perito, interprete operatore addetto all'ascolto delle intercettazioni. È però – e in entrambi i casi – l'assenteismo giudiziale che garantisce l'ingresso sulla scena processuale di risultati che non offrono sufficienti garanzie di attendibilità.

La sentenza in commento, dunque, è solo l'ultimo pezzo di un *puzzle* inquietante. È, infatti, evidente che sullo sfondo ci sia un problema di vischiosità culturale che, tuttavia, solo in parte è legato ai fantasmi di un passato che si fa fatica a mettere via. A fare da zavorra è anche la staticità di un sapere giudiziale che, stentando a rinnovarsi, finisce per sfuggire al confronto con quelle risorse verso cui costantemente si muove il mondo fuori dall'aula di udienza. Solo la conoscenza, del resto, garantisce l'acquisizione di una consapevolezza essenziale in questa materia e cioè che, almeno allo stato attuale, identità di voci non significa necessariamente identità di parlatori¹⁵, e ciò in quanto, nonostante sia possibile caratterizzare pienamente una voce, non è invece possibile caratterizzare pienamente un parlatore, perché una stessa voce può corrispondere a più parlatori¹⁶.

È su questo aspetto, non a caso, che si proietta uno dei principali fraintendimenti che si registrano nell'esperienza giudiziaria e che emerge, con dirimpante chiarezza, dal tenore dei quesiti che generalmente vengono sottoposti agli esperti, ai quali si finisce per domandare non se vi è compatibilità, ma piuttosto, se vi è identità tra la voce del parlatore anonimo e quella dell'imputato¹⁷.

¹² Il riferimento corre alla nota sentenza Daubert v. Merrel-Dow Pharmaceutical, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

¹³ Cass., sez. II, 11-7-2012, Arzu, CED, 254344.

¹⁴ L'espressione è di S. Lorusso, *Il contributo degli esperti alla formazione del convincimento giudiziale*, in *Arch. pen. on line*, 2011, n. 3, 2.

¹⁵ Si tratta di un approccio assolutamente consolidato tra gli esperti della materia: cfr., per tutti, A. Paoloni, *Le indagini foniche*, consultabile su www.ording.roma.it, 1 e ss.

¹⁶ Cfr., sul punto, Trib. Torino, 23-12-1991, Leonardis, in *Cass. pen.*, 1992, 2217.

¹⁷ Calibrando il quesito su quello che gli esperti definiscono come "rapporto 1 a 1", resta in om-

Con tutta evidenza, si tratta di prospettive viziate da un grossolano errore di metodo. Il problema dei rischi sottesi all'identificazione vocale – o forse sarebbe meglio dire, il problema dell'identificazione del parlatore – è, e resta, un problema del giudice, che va affrontato secondo le regole e le garanzie che presiedono all'attività di ricostruzione del fatto. E questo anche laddove l'identificazione vocale sia un approdo raggiunto senza l'intervento di un esperto. Quale che sia, infatti, il mezzo di prova utilizzato ai fini dell'identificazione ed il livello di attendibilità che sia stato a questo riconosciuto, il risultato va ulteriormente verificato in relazione all'intero quadro probatorio perché è un esito, quello dell'identificazione della voce, da filtrare, sempre e comunque, attraverso le maglie del ragionevole dubbio.

bra non solo il margine di errore statistico, sempre connesso all'operazione, ma anche l'idea di relativismo sottesa al rapporto di verosimiglianza.

ABBREVIATO E ILLEGITTIMA RIDUZIONE DELLA PENA: UN BILANCIAMENTO DI VALORI COSTITUZIONALI A RIME OBBLIGATE

Angelo Zampaglione*

Sommario: **1.** Il principio affermato dal Collegio esteso nel contesto dell'abbreviato riformato dalla l. n. 103 del 2017. - **2.** Il caso sottoposto all'attenzione della Corte. - **3.** La giurisprudenza precedente l'intervento delle Sezioni Unite. - **4.** Il *dictum* del Collegio esteso. - **5.** Brevi conclusioni.

ABSTRACT

L'autore analizza una pronuncia delle Sezioni Unite con cui sono stati definiti i limiti e i poteri del giudice di appello in caso di applicazione illegale, e di favore, della pena per l'imputato, in mancanza di impugnazione del pubblico ministero.

The author analyzes a ruling by the Supreme Court which defined the limits and powers of the appellate judge in the event of illegal and favorable application of the sentence for the accused, in the absence of an appeal by the public prosecutor.

1. Il principio affermato dal Collegio esteso nel contesto dell'abbreviato riformato dalla l. n. 103 del 2017.

Con una sentenza a rime obbligate, le Sezioni Unite hanno affermato che “il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per reato contravvenzionale, lamenti l'illegittima riduzione della pena ai sensi dell'art. 442 c.p.p., nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminuzione nella misura di legge, pur quando la pena irrogata dal giudice di primo grado non rispetti le previsioni edittali, e sia di favore per l'imputato”¹.

Molteplici sono i profili che vengono in rilievo per la risoluzione della questione sollevata e risolta dal Collegio esteso. Punto di partenza è la legge 23

* Ricercatore di Diritto processuale penale - Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ Sez. Un., 17 dicembre 2020-26 febbraio 2021, n. 7578.

giugno 2017, n. 103 (cd. riforma Orlando) che, proprio di recente, ha significativamente inciso sul livello di premialità del rito abbreviato, disponendo che, in caso di condanna, la pena che il giudice determina, dopo aver tenuto conto di tutte le circostanze e delle norme sul concorso dei reati, è diminuita di un terzo se si procede per un delitto e della metà se si procede per una contravvenzione: previsione – quest’ultima – con l’evidente fine di rendere più “appetibile” la scelta del rito². Per effetto della riforma, dunque, e per quel che rileva in questa sede, nel caso di condanna, la pena in concreto applicabile, risultante dal calcolo di tutte le circostanze, è diminuita della metà in caso di reati contravvenzionali³.

La diminuzione di un mezzo si applica alle fattispecie anteriori all’entrata in vigore della l. n. 103 del 2017, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile, ai sensi dell’art. 2, comma 4, c.p., in quanto, pur essendo norma di carattere processuale, ha effetti sostanziali, comportando un trattamento sanzionatorio più favorevole seppure collegato alla scelta del rito⁴.

La modifica non è andata esente da critiche. Anzi è emblematica di talune resistenze a non volere allargare eccessivamente la premialità in tema sanzionatorio ai fini di non incrementare il rischio pratico di pene incongrue, o, comunque, poco comprensibili da una opinione pubblica il più delle volte bisognosa di esemplarità.

Non è un caso che nel progetto Canzio ben più ampio fosse lo sconto di pena previsto anche avendo riguardo ai delitti in base alla tipologia di reato.

Va anche detto che nella prassi la modifica ha inciso limitatamente, atteso che parte significativa delle contravvenzioni ricade nell’ambito di percorribilità da parte del pubblico ministero della richiesta di decreto penale di condanna. E con riferimento a tale procedimento la riduzione finale della pena è

² Nato come fiore all’occhiello della codificazione del 1988, con una funzione deflattiva del dibattimento nel modello accusatorio, finalizzata a contrastarne l’eccessiva durata, il giudizio abbreviato ha avuto non poche difficoltà ad essere metabolizzato dal sistema penale processuale italiano e, proprio per questo, è stato il rito speciale maggiormente colpito dalle riforme della giustizia che si sono succedute negli ultimi trent’anni.

³ In ordine alla nuova fisionomia del giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando, si rinvia ai seguenti contributi: T. ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative*, in *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2017, 181 ss.; E. MARZADURI, *Il giudizio abbreviato: alcune riflessioni dopo la c.d. riforma Orlando*, in *Arch. Pen., Speciale riforme*, 2018; V. MAFFEO, *I procedimenti speciali*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 149; G. BARROCU, *Giudizio abbreviato: prove e strategie difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1233; ss. A. BASSI, *Le modifiche in tema di rito abbreviato*, in *Riforma Orlando: tutte le novità*, a cura di C. Parodi, Milano, 2017, 53 ss.; L. DE GENNARO, *Modifiche in materia di riti speciali. Giudizio abbreviato*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. CONZ - L. LEVITA, Roma, 2017, 109 ss.; L. PISTORELLI, sub artt. 438 ss., in *Codice di procedura penale*, a cura di G. CANZIO - R. BRICCHETTI, Milano, 2017, 3169 ss. Sui profili pratici e operativi del rito abbreviato si rinvia a F. GALLUZZO - M.M. MONACO, *Giudizio direttissimo e abbreviato*, in *Quaderni per la formazione del professionista. La difesa d’ufficio*, serie diretta da G. SPANGHER, Pisa, 2016.

⁴ Cass. pen., Sez. IV, sentenza n. 832 del 2018.

della metà rispetto al minimo edittale (v. art. 459, comma 2, c.p.p.) e non alla pena determinata in concreto dal giudice come nel nuovo art. 442, comma 2, c.p.p.; il criterio di ragguglio speciale con la pena pecuniaria della pena detentiva giornaliera del nuovo art. 459, comma 1-*bis*, risulta ben più vantaggioso rispetto a quello generale di cui all'art. 135 c.p.

Senza dimenticare che gli aspetti premiali del decreto penale di condanna, sovrapponibili a quelli del patteggiamento, difficilmente indurranno all'opposizione ex art. 460 c.p.p. se non per usufruire dell'oblazione di cui agli artt. 162 e 162-*bis* c.p.

La riduzione della pena, poi, deve avvenire quale ultimo risultato della determinazione sanzionatoria e, quindi, anche dopo l'applicazione del cumulo giuridico in caso di concorso formale di reati o di continuazione.

La previsione della decurtazione della metà della pena inflitta per le contravvenzioni, configurandosi come norma penale di favore, impone che, quando sia ritenuta la continuazione tra delitti e contravvenzioni, la riduzione per il rito si debba effettuare distintamente sugli aumenti disposti per le contravvenzioni nella misura della metà e su quelli disposti per i delitti (nonché sulla pena base prevista per il delitto più grave) nella misura di un terzo⁵.

Nel giudizio abbreviato celebrato dopo le modifiche introdotte all'art. 442, comma 2, dall'art. 1, comma 44, l. n. 103 del 2017, nel caso di omessa riduzione - non dedotta in sede di impugnazione - della metà della pena inflitta con sentenza definitiva di condanna per contravvenzione, non sono esperibili i rimedi né dell'incidente di esecuzione né della correzione di errore materiale, non vertendosi in ipotesi di pena illegale e neppure di errore nel computo aritmetico della pena, bensì di violazione del criterio stabilito dalla legge processuale nella determinazione della riduzione di pena per il rito, come tale denunciabile solo con gli ordinari mezzi di gravame⁶.

In relazione al *novum* relativo alla diminuzione prevista per la scelta del rito, i giudici di legittimità hanno peraltro affermato il principio secondo cui la riduzione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato, incidendo sul trattamento sanzionatorio concreto, ha ricadute necessariamente sostanziali, la cui natura non muta nonostante siano collegate non all'illecito penale in sé, ma ad un comportamento successivo, consistente nell'esercizio di una facoltà processuale. Pertanto, l'art. 442, comma 2, c.p.p., così come novellato dalla recente legge, nella parte in cui prevede che, in caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo, se si procede per una contravvenzione, pur essendo disposizione processuale, comporta un trattamento sostanziale sanzionatorio più favorevole e si applica, come stabilisce l'art. 2, comma 4,

⁵ Cass. pen., Sez. II, sentenza n. 14068 del 2019; Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 39087 del 2019.

⁶ Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 22313 del 2020.

c.p. anche alle fattispecie anteriori, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile⁷.

Nella risoluzione della questione viene, poi, in rilievo il problema della “cognizione del giudice di appello”, che, in forza del cd. principio devolutivo di cui all’art. 597 c.p.p., è circoscritta ai soli “punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti”. L’effetto parzialmente devolutivo, dunque, non consente di intervenire su punti diversi da quelli toccati dall’impugnazione (ad eccezione dei casi tassativi di cui al comma 5 della medesima disposizione normativa) neanche in materia di trattamento sanzionatorio. La cognizione del giudice di appello è esercitabile unicamente sui punti relativi alle componenti di tale trattamento a cui si riferiscono specificamente i motivi proposti.

Ciò posto, al cospetto di un fondato motivo di appello che lamenti l’illegittima riduzione della pena in misura inferiore a quella prevista dalla legge per la diminuzione del rito abbreviato, il giudice di secondo grado è tenuto, in virtù del principio devolutivo, a limitarsi ad adottare le conseguenti determinazioni in ordine alla quantificazione della pena nella misura corretta, omettendo di allargare la propria decisione ad altre componenti del trattamento sanzionatorio non investite dall’impugnazione.

Si realizzerebbe, invece, un inevitabile *vulnus* al principio in parola ove, in ragione di una ritenuta illegittimità in senso favorevole all’imputato della pena-base determinata in primo grado rispetto al limite minimo edittale, il giudice lasciasse inalterata la pena complessiva nella dimensione stabilita con la sentenza appellata. In sostanza, non vi è possibilità di compensare la riduzione non applicata per la diminuzione del rito con un corrispondente indiretto aumento della pena-base, attingendo in senso sfavorevole all’imputato il tema della misura di quest’ultima (e, quindi, un punto non devoluto con l’impugnazione).

Nella vicenda in questione, poi, va considerata la operatività anche del divieto di *reformatio in peius*, essendo stato l’appello proposto dal solo imputato.

2. Il caso sottoposto all’attenzione della Corte.

Nel caso all’attenzione del Collegio esteso, all’esito del giudizio abbreviato, il Tribunale di Como condannava l’imputato alla pena di due mesi di arresto per il reato di cui all’art. 699 c.p. per avere portato fuori dalla propria abitazione un coltello a serramanico, arma per cui non è ammessa licenza.

In assenza di una precisazione del capo di imputazione in ordine a quale, fra le due distinte ipotesi regolate dall’art. 699 c.p., fosse contestata all’imputato, il giudice, pur ritenendo integrato il fatto storico descritto nel capo di imputazione, applicava la pena prevista dal primo comma dell’art. 699

⁷ Così, Cass. pen. Sez. IV, 11 gennaio 2018, n. 832.

cod. pen. (arresto fino a diciotto mesi) in quanto determinava la pena-base in tre mesi di arresto. Su di essa operava la riduzione di un terzo per il rito abbreviato.

L'imputato proponeva appello avverso la sentenza di primo grado deducendo: a) l'erronea qualificazione giuridica del fatto da ricondurre nell'ambito della previsione dell'art. 4, commi 2 e 3, della legge 18 aprile 1975, n. 110, e non dell'art. 699, comma 1, c.p.; b) l'erronea riduzione della pena per il rito operata nella misura di un terzo, anziché della metà, come stabilito dall'art. 442 c.p.p. per le contravvenzioni.

La Corte di appello di Milano, dal canto suo, riqualificava il fatto ai sensi dell'art. 4 della legge n. 110 del 1975 escludendo l'ipotesi del fatto di lieve entità ma, nel ravvisare la fondatezza del motivo di impugnazione relativo all'erronea diminuzione per il rito, non operava in concreto alcuna diminuzione della pena osservando che la stessa, pur in assenza della riduzione per il giudizio abbreviato nella misura della metà, era comunque più favorevole all'imputato rispetto a quella prevista dall'art. 4 della citata legge n. 110 del 1975 che stabilisce un minimo edittale di sei mesi di arresto. Contro la pronuncia della Corte territoriale, veniva proposto ricorso per Cassazione deducendosi violazione di legge in relazione alla determinazione della pena sotto vari profili.

La sentenza impugnata aveva ritenuto fondati i motivi di appello, riguardanti non solo la diversa qualificazione del fatto, ma anche l'entità della diminuzione per il rito, pari ad un terzo invece che alla metà, prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p. per i reati contravvenzionali ma tale maggiore riduzione non era stata in concreto applicata in quanto la Corte territoriale l'aveva ritenuta assorbita nella quantificazione della pena inflitta dal Tribunale in misura erroneamente inferiore al minimo edittale.

In tal modo, però, secondo il ricorrente, era stato eluso il chiaro disposto normativo che impone al giudice di operare la riduzione per il rito in modo predeterminato a seconda che si tratti di delitto o di contravvenzione tenuto conto altresì del fatto che era stata effettuata una non consentita commistione dei motivi di appello accolti, i quali avrebbero dovuto essere esaminati distintamente disponendo, dapprima, la riqualificazione del fatto, ferma la pena-base inflitta in primo grado, per non incorrere nel divieto di *reformatio in pejus* e, successivamente, diminuendo detta pena per il rito nella misura corretta.

Investita della decisione sul ricorso, la Prima Sezione penale rilevava preliminarmente come il giudice di primo grado avesse affermato la piena fondatezza dell'imputazione senza discostarsi dall'ipotesi storico-giuridica formulata dal pubblico ministero (porto abusivo di un'arma per cui non è ammessa licenza) comportante la previsione edittale di pena compresa tra il minimo di diciotto mesi e il massimo di tre anni di arresto.

Pertanto, dal momento che la pena di tre mesi di arresto in concreto irrogata nei suoi confronti era evidentemente riferita alla cornice edittale prevista per la diversa fattispecie di porto di arma senza licenza (art. 699, comma

1, c.p.) stabilita fra il minimo di tre mesi e il massimo di diciotto mesi di arresto, essa, ad avviso di questa Sezione, doveva pertanto ritenersi illegale.

3. La giurisprudenza precedente l'intervento delle Sezioni Unite.

Oltre a tale ultimo rilievo, veniva osservato come la decisione della Corte di appello di non ridurre la pena inflitta – così avendo ritenuto di doversi discostare dal principio di cui all'art. 597, comma 4, c.p.p., destinato a regolare gli effetti dell'accoglimento dell'appello dell'imputato su circostanze o reati concorrenti – nonostante la riconosciuta erroneità della misura della diminuzione per il rito in presenza di un reato contravvenzionale, fosse conforme all'orientamento giurisprudenziale per il quale l'irrogazione in primo grado di una pena illegale vantaggiosa per l'imputato consente di negare in appello effetti di ulteriore favore.

Pur tuttavia, si faceva presente come a questo indirizzo esegetico se ne contrapponesse, però, un altro in base al quale il trattamento sanzionatorio che abbia comportato una pena illegale di favore per l'imputato è intangibile in mancanza dell'impugnazione del pubblico ministero.

In breve, secondo un primo orientamento, il comma 4 dell'art. 597 c.p.p. presuppone che la pena, sulla quale si dovrebbe operare la riduzione per effetto dell'accoglimento dell'appello proposto dall'imputato, sia stata irrogata nel rispetto dei limiti di legge. In assenza di questa condizione, la riduzione ulteriore della pena determinerebbe il perpetuarsi di una situazione di illegalità creatasi in primo grado a seguito di un trattamento sanzionatorio non conforme alle previsioni edittali.

Un secondo orientamento osserva per contro che il tenore letterale dell'art. 597, comma 4, c.p.p. non fa menzione del presupposto applicativo della conformità ai limiti edittali della pena irrogata in primo grado.

L'ordinanza sottolineava, inoltre, che la diminuzione per il rito abbreviato ha natura processuale, pur con ricadute sostanziali sulla misura della pena, e ha un'incidenza predeterminata su quest'ultima costituendo in definitiva un *posterius* delle altre operazioni di commisurazione della pena.

Con decreto dell'8 ottobre 2020, il Presidente Aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali e ha fissato l'udienza camerale del 17 dicembre 2020.

4. Il *dictum* del Collegio esteso.

Le sezioni Unite premettono che nessuno dei due indirizzi contrapposti si è misurato con la specificità della questione posta dal ricorrente: l'applicabilità della diminuzione del rito abbreviato ad una pena illegittimamente determinata in primo grado in senso favorevole all'imputato. L'art. 597, comma 4, c.p.p., ricorda la sentenza, fa esplicito ed esclusivo richiamo alla inderogabilità dell'applicazione degli effetti sanzionatori favorevoli derivanti per l'imputato dall'accoglimento dell'appello che abbia comportato l'esclusione di

reati concorrenti o di circostanze aggravanti, ovvero il riconoscimento di circostanze attenuanti. L'ipotesi del mancato riconoscimento della diminuzione del rito abbreviato non è contemplata in un dato letterale specificamente descrittivo di altre fattispecie; il che non consente di attribuire alla norma citata un'efficacia direttamente risolutiva della questione controversa.

La norma di riferimento, a parere delle Sezioni Unite, è il comma 1 dell'art. 597 c.p.p. che limita la cognizione del giudice di secondo grado ai soli «punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti». L'individuazione della cognizione del giudice di appello nell'ambito dei motivi proposti restringe il contenuto della decisione all'accoglimento o alla reiezione di tali motivi, non consentendo di operare su punti diversi da quelli toccati dall'impugnazione⁸.

Il principio devolutivo, ricordano le Sezioni Unite, impone che, anche in materia di trattamento sanzionatorio, la cognizione del giudice di appello si eserciti unicamente sui punti relativi alle componenti di tale trattamento a cui si riferiscono specificamente i motivi di impugnazione proposti⁹. Ciò comporta, con riguardo al caso di specie, che, una volta riconosciuta la fondatezza di un motivo di appello che lamenta l'illegittima riduzione della pena in misura inferiore a quella prevista dalla legge per la diminuzione del rito abbreviato, il giudice di secondo grado debba limitarsi ad adottare le conseguenti determinazioni in ordine alla rideterminazione di tale riduzione nella misura corretta, omettendo di allargare la propria decisione ad altre componenti del trattamento sanzionatorio non investite dall'impugnazione. Una non consentita estensione della cognizione del giudice di appello, ammonisce il Collegio esteso, si verificherebbe ove, in ragione di una ritenuta illegittimità in senso favorevole all'imputato della pena-base determinata in primo grado rispetto al limite minimo edittale, si mantenesse la pena complessiva nella dimensione stabilita con la sentenza appellata; in tal modo, infatti, si compenserebbe di fatto la riduzione non applicata per la diminuzione del rito con un corrispondente indiretto effetto di aumento della pena-base, attingendo in senso sfavorevole all'imputato il tema della misura di quest'ultima e, quindi, un punto non devoluto con l'impugnazione.

Il principio devolutivo, aggiunge la sentenza, deve essere integrato da quello pure sancito dall'art. 597, comma 1, c.p.p.: il potere-dovere del giudice dell'impugnazione di esaminare e decidere le richieste dell'impugnante; potere-dovere per effetto del quale una volta che sia stato proposto uno specifico motivo di appello, il giudice è tenuto a pronunciarsi sul tema dedotto¹⁰. Sicché, una volta che sia dedotta al giudice di appello una questione sulla lamentata violazione di legge nella commisurazione della diminuzione del rito abbreviato a favore dell'imputato, la stessa deve essere esaminata

⁸ In questo senso, Sez. Un., sentenza n. 33572 del 2013; Sez. Un., n. 40910 del 2005.

⁹ Sez. Un., sentenza n. 12872 del 2017.

¹⁰ Sez. Un., sentenza n. 1 del 2000.

e, òve ritenuta fondata, deve comportare le conseguenti determinazioni da parte del giudice.

L'art. 442, comma 2, c.p.p. impone la diminuzione secca della pena nella misura della metà per effetto dell'opzione difensiva per il rito abbreviato nei procedimenti nei quali sono contestati reati contravvenzionali. Al carattere tassativo di questa previsione nell'indicazione del *quantum* della riduzione il giudice non può sottrarsi, spettando correlativamente all'imputato il diritto a vedersi decurtata la pena nella esatta dimensione prevista dalla legge. L'inderogabilità dell'adempimento, ricordano le Sezioni Unite, è presidiata dall'art. 438, comma 6-ter, c.p.p., che impone al giudice del dibattimento di applicare la relativa diminuzione di pena se all'esito del dibattimento stesso ritenga erronea la declaratoria di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare.

Assume rilievo, nel caso di specie, anche l'art. 597, comma 3, c.p.p., che impone al giudice di appello, in presenza dell'impugnazione del solo imputato, di non modificare in senso sfavorevole a quest'ultimo la pena determinata per un fatto, pur se sottoposto ad una diversa e più grave qualificazione nel giudizio di secondo grado.

Orbene, conclude il Collegio esteso, che, nel caso di specie non si può tener conto di tematiche non devolute al giudice di secondo grado, come quelle relative alla legittimità della pena-base rispetto ai minimi edittali.

In questa prospettiva, il riferimento alla previsione dell'art. 597, comma 4, c.p.p., ancorché non direttamente applicabile per le ragioni illustrate, recupera un suo significato ermeneutico che riceve conforto dalle finalità che ne hanno giustificato l'introduzione.

Le sezioni Unite, ricorda la sentenza, hanno più volte sottolineato la portata integrativa del comma 4 dell'art. 597 c.p.p. rispetto al generale divieto di *reformatio in peius* di cui al precedente comma 3.

Sono tre, in sostanza, gli aspetti più significativi che vengono richiamati e ribaditi dalla pronuncia in questione:

- 1) l'obbligo di diminuzione della pena, in termini corrispondenti all'accolto motivo di appello dell'imputato, anche quando l'impugnazione sia stata altresì proposta dal pubblico ministero¹¹;
- 2) il divieto di irrogazione, da parte del giudice di appello, di una pena più grave in mancanza di impugnazione del pubblico ministero;
- 3) la doverosità di procedere alla diminuzione della pena nelle ipotesi indicate¹².

Secondo le sezioni Unite, è quindi possibile ritenere che l'art. 597, comma 4, c.p.p. comprenda anche una componente sostanzialmente rafforzativa e additiva rispetto al divieto di modifica della pena in senso peggiorativo per l'imputato, sancito dal comma 3.

¹¹ Sez. Un., sentenza n. 5978 del 1995.

¹² Sez. Un., n. 40910 del 2005.

La lettura logico-sistematica dell'art. 597 c.p.p., accompagnata dai lavori preparatori e dalla Relazione preliminare al codice di procedura penale del 1988, consente di affermare che il divieto di *reformatio in peius* è norma, sì, eccezionale, rispetto al principio costituzionale di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.), ma che tale principio deve essere posto in bilanciamento con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., la cui pienezza ed effettività trova espressione (tra l'altro) nel diritto di proporre impugnazione. In questa prospettiva, chiosano le Sezioni Unite, l'accoglimento di censure validamente proposte mediante l'atto di impugnazione dell'imputato che lamenti l'inservanza e la violazione di legge in ordine ad una delle componenti del trattamento sanzionatorio (nel caso in esame la corretta entità della riduzione per il rito prevista per il reato contravvenzionale) non può essere neutralizzato da improprie forme di "compensazione" con altro punto ad esso inerente, quale l'erronea individuazione della pena in violazione dei minimi edittali, non devoluto alla cognizione del giudice. In tal modo, infatti, oltre a violare le previsioni contenute nell'art. 597, commi 1 e 3, c.p.p., si vanificherebbe l'effettività del diritto di difesa, che postula non solo l'accesso al mezzo di impugnazione, ma anche, a fronte di un motivo fondato ritualmente prospettato, un provvedimento giudiziale che offra reale risposta e concreto rimedio al vizio dedotto.

Le Sezioni Unite scartano, perché priva di pregio, l'argomentazione che giustifica la mancata riduzione della pena inflitta in violazione dei minimi edittali dal primo giudice, pur in presenza dell'accoglimento di un motivo di appello sul trattamento sanzionatorio, con l'esigenza di non aggravare le conseguenze di un errore commesso nel precedente grado di giudizio: «l'adesione a questa interpretazione – afferma la sentenza – aggiungerebbe in realtà un errore ulteriore, sia pure di segno opposto, rispetto a quello riscontrato». E del resto, aggiunge, l'ordinamento appresta i suoi fisiologici rimedi attribuendo al pubblico ministero la facoltà di proporre impugnazione avverso una sentenza di condanna ad una pena che violi i minimi edittali che non può essere surrogata da un intervento correttivo officioso del giudice di secondo grado, che, superando la preclusione formatasi sul punto, si tradurrebbe, da un lato, nella non consentita estensione della cognizione oltre i limiti del tema devoluto, e, dall'altro, nella omissione del dovere di rispondere compiutamente al motivo di gravame proposto dall'imputato, dando piena attuazione alla richiesta con esso legittimamente dedotta.

Quanto alla dedotta natura (ulteriormente) illegale della pena che dovrebbe essere applicata in accoglimento del motivo di appello, le Sezioni Unite obiettano che la categoria della illegalità della pena è stata utilizzata con riferimento esclusivo ai casi in cui la sanzione applicata dal giudice sia di specie più grave di quella prevista dalla norma incriminatrice o superiore ai limiti edittali indicati nella stessa¹³, situazioni nelle quali la pena illegale ri-

¹³ Sez. Un., sentenza n. 33040 del 2015.

donda in senso sfavorevole all'imputato, e sono quindi ben diverse da quelle in cui la illegittima determinazione del trattamento sanzionatorio produce un risultato allo stesso favorevole.

5. Brevi conclusioni.

Dalla sentenza in commento ben si comprende come, una volta che sia dedotta dinnanzi alla Corte di appello una questione sulla lamentata violazione di legge nella commisurazione della diminuzione del rito abbreviato a favore dell'imputato, la stessa debba essere esaminata e, ove ritenuta fondata, dovrà comportare le conseguenti determinazioni da parte del giudice.

Poiché il capoverso dell'art. 442 c.p.p. prevede la diminuzione della pena nella misura della metà per effetto dell'opzione difensiva per il rito abbreviato nei procedimenti nei quali sono contestati reati contravvenzionali, il carattere tassativo di questa previsione scolpisce nitidamente il contenuto dell'obbligo decisorio sul punto, al quale il giudice non può sottrarsi, spettando correlativamente all'imputato il diritto a vedersi decurtata la pena nella esatta dimensione prevista.

Ne consegue che l'accoglimento di censure validamente proposte mediante l'atto di impugnazione dell'imputato che lamenti l'inosservanza e la violazione di legge in ordine ad una delle componenti del trattamento sanzionatorio (nel caso in esame la corretta entità della riduzione per il rito prevista per il reato contravvenzionale) non può essere neutralizzato da improprie forme di "compensazione" con altro punto ad esso inerente, quale l'erronea individuazione della pena in violazione dei minimi edittali, non devoluto alla cognizione del giudice.

Diversamente ragionando, giova ribadirlo, oltre a violare le previsioni contenute nell'art 597, commi 1 e 3, c.p.p., si finirebbe col vanificare l'effettività del diritto di difesa, che postula non solo l'accesso al mezzo di impugnazione, ma anche, a fronte di un motivo fondato ritualmente prospettato, un provvedimento giudiziale che offra reale risposta e concreto rimedio al vizio dedotto.

Del resto, poi, il nostro ordinamento appresta, in situazioni analoghe, i suoi fisiologici rimedi, laddove attribuisce al pubblico ministero la facoltà di proporre impugnazione avverso una sentenza di condanna ad una pena che violi i minimi edittali. La mancata iniziativa dell'organo funzionalmente competente non può essere surrogata da un intervento correttivo officioso del giudice di secondo grado.

Va infine rilevato che per la soluzione del problema, come puntualmente osservato da autorevole dottrina¹⁴, si deve considerare, senza tenere conto

¹⁴ G. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, in www.penaledp.it, 5 novembre 2020.

della riduzione premiale del rito contratto, che in caso di pena illegale, in presenza dell'appello del solo imputato, opera il divieto della *reformatio in peius*.

Il dato opera anche in presenza della mutata e più grave qualificazione giuridica del fatto. L'unico elemento dissonante rispetto alle aspettative dell'imputato è dato dalle ricadute sulle pene accessorie fisse nonché, per il più grave fatto l'inapplicabilità della prescrizione possibile per il fatto ritenuto in prima istanza.

Qualora si sia trattato di rito abbreviato, l'elemento della premialità costituisce "una "variabile" indipendente non legata al fatto ma al rito operante in modo automatico per effetto dell'economia processuale, dell'accettazione del materiale d'accusa, delle intervenute sanatorie di invalidità"¹⁵.

Dovrà conseguentemente ritenersi che il giudice d'appello che dovesse riconoscere che il giudice del rito non ha applicato correttamente l'abbattimento della pena, dovrebbe provvedere sia nel caso in cui si sia trattato di errore materiale di computo sia nel caso di operatività della previsione che fissa soglie diverse di abbattimento tra delitti e contravvenzioni.

Il dato dell'automaticità trova conferma in quanto previsto dall'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p., in tema di abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, ove si prevede che "qualora la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile ai sensi del comma 1-*bis*, il giudice, se all'esito del dibattimento, ritiene che per il fatto accertato sia ammissibile il giudizio abbreviato, applica la riduzione di pena ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p."

Il discorso risulta agevole quando si tratta di situazioni di favore per l'appellante imputato¹⁶.

Su queste basi, nel caso in cui il giudice d'appello qualifichi delitto una contravvenzione, pur lasciando immutata la pena, ancorché non corrispondente nella specie, dovrebbe applicare la più elevata misura dell'abbattimento di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p.

A ben vedere, come puntualmente ed efficacemente osservato¹⁷, la patologia sulla quale s'innesta la questione non nasce dall'imputato o dal divieto della *reformatio in peius*, ma dal mancato esercizio dei poteri di impugnativa del pubblico ministero, ovvero dalla carenza di una sua legittimazione esclusiva in punto di pena¹⁸, in presenza di pena illegale.

Del resto, è noto che il divieto della *reformatio* è norma eccezionale, da bilanciare con il diritto di difesa come hanno fatto le Sezioni Unite, privilegiando

¹⁵ Così ancora, G. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, cit.

¹⁶ G. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, cit.

¹⁷ G. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, cit.

¹⁸ G. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, cit.

do il diritto alla libertà dell'imputato, conseguente all'esercizio del suo diritto di difesa, estrinsecatosi con l'appello. In tale contesto, vanno tuttavia evidenziate le inevitabili tensioni con il principio di stretta legalità processuale¹⁹.

¹⁹ G. SPANGHER, *La pena dell'abbreviato e il divieto della reformatio in peius: inevitabili tensioni con il principio di legalità*, cit. Sul principio di legalità processuale, per tutti, O. MAZZA, *Il principio di legalità processuale*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2020, 64 ss.

IL FENOMENO DEL VITRIOLAGE: DA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE A FATTISPECIE AUTONOMA DI REATO

Rebecca Girani*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La legge 19 luglio 2019, n. 69. – 3. La fattispecie di cui all'art. 583-quinquies c.p. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT

L'elaborato propone un'analisi dettagliata del reato di «Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso», ai sensi dell'art. 583-quinquies c.p. La fattispecie mira a sanzionare il fenomeno che prende il nome di vitriolage, noto anche come acid attack o acid throwing.

The paper proposes a detailed analysis of the «Deformation of the person's appearance by permanent injuries to the face» (art. 583-quinquies c.p.). The crime punishes the phenomenon known as "vitriolage", also known as "acid attack" or "acid throwing".

1. Introduzione.

L'art. 583-quinquies punisce con la reclusione da 8 a 14 anni colui che cagiona ad alcuno una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente al viso. La fattispecie mira a sanzionare come reato autonomo il fenomeno che prende il nome di *vitriolage*, noto anche come *acid attack* o *acid throwing*¹. Esso consiste nell'aggressione mediante getto indirizzato principalmente al volto di esogeni caustici, ad esempio acido solforico, nitrico o cloridrico, con il fine di sfigurare in modo permanente la vittima. Il più comune corrosivo utilizzato è l'acido solforico, da cui il fenomeno prende il nome. Infatti, in inglese l'acido solforico è detto "oil of vitriol", da cui deriva l'espressione *vitriolage*². Il fenomeno appresenta una modalità crimi-

* Dottoranda di ricerca in diritto penale presso l'Università di Bologna.

¹ L'Associazione inglese *Acia Survivors Trust International* ha evidenziato in Italia un incremento degli *acid attack* negli ultimi anni. Secondo quanto riportato, le vittime sono principalmente donne e gli attacchi sono commessi principalmente dagli ex fidanzati o ex mariti. Per una panoramica a livello mondiale si veda www.asti.org.uk.

² Dal punto di vista medico legale, per un'analisi dettagliata dei danni anatomico-funzionali generati dal getto dell'acido, si veda: N. KAUR - A. KUMAR, *Vitriolage (vitriolism) - a medico-socio-*

nosa altamente lesiva dell'integrità psicofisica della vittima; infatti l'impatto psichico dell'alterazione sfregiante sulla vittima è elevatissimo.

Il reato è stato introdotto nel codice penale dall'art. 12 della legge 19 luglio 2019, n. 69, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 173 del 25 luglio 2019, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»³. La fattispecie si inserisce nel quadro di plurime misure legislative che perseguono lo scopo di rafforzare la tutela penale delle vittime di violenze domestiche e di genere.

2. La legge 19 luglio 2019, n. 69.

In generale, la legge 19 luglio 2019, n. 69 è comunemente denominata dai mezzi di comunicazione e dagli stessi esponenti del mondo politico con l'espressione "Codice rosso" per aver introdotto una corsia prioritaria e accelerata alla trattazione dei casi di violenza sulle donne, al pari del "codice rosso" che, a fini di smistamento, viene assegnato ai casi più gravi, richiedenti un immediato intervento, nei servizi di Pronto Soccorso degli ospedali⁴. Essa consta di 21 articoli e contempla numerose modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e ad altre disposizioni collegate⁵, che perseguono lo scopo di rafforzare la tutela penale delle vittime di violenze domestiche e di genere. La nuova legge, da un lato, è finalizzata al rafforzamento del sistema di tutela preventiva delle vittime; dall'altro, inasprisce la risposta punitiva, inserendo nuove figure di reato, nuove circostanze aggravanti e innalzando i limiti edittali di reati già esistenti⁶. Con specifico riferimento alle modifi-

legal review, in *Forensic Sci Med Pathol*, 2020, 16, 481 ss.

³ Si tratta di una riforma che è stata approvata dal Parlamento con un'ampia maggioranza. Infatti, con 380 favorevoli, 92 astenuti, nessun voto contrario, la Camera dei Deputati ha approvato in data 3 aprile 2019 il d.d.l. A.C. n. 1455 recante: «Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere», successivamente trasmesso alla Presidenza del Senato in data 8 aprile 2019 (A.S. n. 1200). Il Senato della Repubblica, infine, si è espresso con 197 voti favorevoli e 47 astenuti.

⁴ F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rosso ... al codice Rosso*, in *Dir. pen. e uomo*, 20 novembre 2019, 9.

⁵ In particolare, la legge prevede modifiche anche dell'ordinamento penitenziario, delle misure di prevenzione e leggi antimafia, formazione del personale di polizia, indennizzo e sostegno alle vittime del reato, centri antiviolenza.

⁶ Per un'ampia analisi del Codice Rosso, si veda: A. MARANDOLA - PAVICH, *Codice rosso. L. n. 69/2019*, Milano, 2019; B. ROMANO - A. MARANDOLA, *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020; F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rosso ... al codice Rosso*, cit., 20 novembre 2019; A. DE SANTIS, "Codice Rosso". *Le modifiche al codice penale (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2020, 1, 1 ss.; S. MATTIO, "Codice Rosso". *Le modifiche al codice penale (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2020, 2, 141 ss.; S. RECCHIONE, *Codice Rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019*, in *ilPenalista*, 26 luglio 2019; D. RUSSO, *Emergenza e "Codice Rosso"*, in *Sistema pen.*, 2020, 1, 5 ss.; A. VALSECCHI, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 163 ss.; G.L. GATTA, *Il disegno di legge in tema di*

che apportate al diritto penale sostanziale, la legge 19 luglio 2019, n. 69 ha previsto l'introduzione nel Codice penale di quattro nuovi delitti: il reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti all'art. 612-ter c.p.⁷, il delitto di costrizione o induzione al matrimonio all'art. 558-bis c.p.⁸, il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso all'art. 583-quinquies c.p., il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa all'art. 387-bis c.p. Inoltre, la novella legislativa ha previsto decisivi aumenti sanzionatori, che hanno riguardato pressoché tutte le figure di reato o le circostanze aggravanti che possono trovare applicazione in casi di violenza sulle donne o violenze di genere⁹. Ancora, sempre sul versante del diritto penale sostanziale, la novella del 2019 ha apportato rilevanti modifiche nell'ambito dei delitti di violenza sessuale, del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, delle circostanze aggravanti del delitto di omicidio doloso, della disciplina della sospensione condizionale della pena¹⁰. Per quanto riguarda le modifiche al codice di procedura penale, la legge "Codice rosso" introduce numerosi strumenti principalmente destinati a velocizzare le indagini e l'instaurazione del procedimen-

violenza domestica e di genere (c.d. Codice Rosso): una sintesi dei contenuti, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2019; L. ALGERI, *Il Codice rosso in gazzetta: nuovi reati e una corsia preferenziale per la tutela delle vittime*, *Quotidiano Giuridico*, 26 luglio 2019. Più in generale, sulla violenza di genere, C. PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1181 ss. Sul divieto di avvicinamento alla persona offesa e, in generale, sulle misure cautelari, si veda F. FILICE, *La violenza di genere*, Milano, 2019, 61 ss.

⁷ Per un'accurata analisi, si rimanda a G.M. CALETTI, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

⁸ Con riferimento a questa fattispecie si veda G. PEPE, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia? Qualche approfondimento sul fenomeno ed un primo commento alla norma volta a contrastarlo, contenuta nel Disegno di Legge "Codice Rosso"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019.

⁹ Sul punto, si è espresso in senso critico A. VALSECCHI, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale, cit., 171: «Se, infatti, è indubbiamente utile – proprio al fine di "educare" i consociati – che il legislatore assuma iniziative (peraltro in certi casi imposte da obblighi di fonte sovranazionale) volte ad aumentare la consapevolezza collettiva della massima gravità di certi comportamenti, la domanda che ci poniamo è se l'inasprimento di quadri edittali già molto severi e il moltiplicarsi di ipotesi delittuose non sempre destinate a colmare reali lacune del sistema penale sortiscano l'effetto desiderato. E la domanda – retorica – non cambia se dalla funzione general-preventiva della minaccia della pena spostiamo lo sguardo alla (in)efficacia rieducativa della sua esecuzione».

¹⁰ In particolare, con riferimento alla sospensione condizionale della pena, la legge del 2019 ha modificato l'art. 165 c.p. Ad oggi, il nuovo comma 8 dell'art. 165 c.p. prevede che, in caso di condanna per i delitti di maltrattamenti, violenza sessuale, anche in forma aggravata, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenne, violenza sessuale di gruppo, atti persecutori, lesioni personali e deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, quando aggravati ai sensi degli artt. 576, 1° comma, nn. 2, 5, 5.1 e 577, 1° comma, n. 1, e 2° comma c.p., la sospensione condizionale della pena deve essere subordinata alla «partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati».

to penale per i delitti di violenza sulle donne e di violenza di genere¹¹. Inoltre, sono introdotti mezzi funzionali all'eventuale adozione di rimedi a protezione delle vittime, adeguando così l'ordinamento italiano alla Direttiva 2012/29/UE, e in particolare al Capo 4 (art. 18-24), dedicato alla salvaguardia delle vittime e al riconoscimento di specifiche esigenze di protezione delle stesse.

3. La fattispecie di cui all'art. 583-*quinquies* c.p.

L'art. 583-*quinquies* è inserito dalla legge 19 luglio 2019 n. 69 nel Codice penale, in particolare, nel contesto delle lesioni gravi e gravissime, tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale.

Nella formulazione originaria del Codice, la deformazione e lo sfregio permanente del viso erano puniti ai sensi dell'art. 583, co. 2, n. 4 c.p. In passato un orientamento, invero minoritario, identificava, all'interno dell'art. 583 c.p., una pluralità di fattispecie autonome di reato, escludendo qualsiasi rapporto di specie a genere tra l'ipotesi di deformazione e sfregio, da una parte, e la fattispecie di lesioni personali, dall'altro¹². Secondo l'orientamento maggioritario, invece, l'art. 583 c.p. costituiva una circostanza aggravante della fattispecie di lesioni personali, avuto riguardo alla rubrica, alla presenza di elementi specializzati rispetto all'ipotesi base delle lesioni personali e al testo dell'art. 582, che rinvia alle circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p.¹³.

Con l'entrata in vigore della legge 19 luglio 2019 n. 69 il 9 agosto 2019, il legislatore ha introdotto chiaramente una fattispecie autonoma di reato, per quanto attiene alla specifica ipotesi della deformazione e sfregio permanente al viso. Infatti, la circostanza aggravante prima prevista all'art. 583, co. 2, n. 4 c.p.¹⁴ muta, divenendo una fattispecie autonoma di reato che punisce con la reclusione da 8 a 14 anni colui che cagiona ad alcuno una lesione perso-

¹¹ Per un'accurata analisi delle modifiche introdotte al codice di procedura penale, tema che esula dalle finalità del presente contributo, si rimanda a F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco ... al codice Rosso*, cit., 20 novembre 2019, 12 ss.

¹² Sul punto si veda: R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, 192 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 2016, 84 ss.; G. SALCUNI, sub artt. 582-583. *Lesioni personali dolose e circostanze aggravanti*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. MANNA, I, Torino, 2007, 116; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, II, I, Bologna, 2013, 71 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, I, Milano, 2016, 140 ss.

¹³ Sul punto si veda T. GALIANI, *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 157; P. BAIMA BOLLONE - V. ZAGREBELSKY, *Percolse e lesioni personali*, Milano, 1975, 129 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, VIII, Torino, 1985, 233 s.; M. RONCO, sub art. 583, in *Codice penale ipertestuale commentato*, a cura di M. RONCO - B. ROMANO, cit.; F. BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, III, Milano, 2015, 61 ss.; L.M. MASERA, *Delitti contro l'integrità fisica*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. VIGANO - C. PIERGALLINI, Torino, 2015, 112 s.

¹⁴ Norma ad oggi abrogata, contestualmente, dal comma 3 dell'art. 12 della legge 19 luglio 2019 n. 69.

nale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente al viso¹⁵. Alla luce dei principi generali del diritto penale, la fattispecie viene sottratta, quindi, al giudizio di bilanciamento, di cui all'art. 69 c.p., con eventuali circostanze attenuanti. Ancora, il comma 2 dell'art. 12 della legge 19 luglio 2019 n. 69 aggiunge la nuova fattispecie delittuosa nell'elencazione di cui all'art. 576, comma 1, n. 5, c.p., per cui la commissione di tale reato in occasione del più grave delitto di omicidio comporta la pena dell'ergastolo. Infine, il comma 4 del medesimo art. 12 inserisce il nuovo delitto nel novero dei reati richiamati dall'art. 585, per cui la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 576, ed è aumentata fino ad un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, ovvero da persona travisata o da più persone riunite. Infine, il legislatore ha inserito il nuovo delitto in esame fra quelli la cui commissione, in occasione della consumazione del delitto di omicidio, comporta l'applicazione della pena dell'ergastolo (art. 576, comma 1, lett. 5).

L'introduzione della nuova fattispecie autonoma di cui all'art. 583-*quinquies* c.p. è stata preceduta dalla proposta - respinta - presentata con il disegno di legge n. 2757 che ipotizzava l'introduzione nel Codice penale dell'art. 577-*bis*, rubricato «Omicidio d'identità»¹⁶, delle aggravanti specifiche all'art. 577-*ter* e delle pene accessorie di cui all'art. 577-*quater* c.p.

Nella Relazione di accompagnamento¹⁷ al d.d.l. n. 2757 si fa esplicito riferimento ad alcuni casi di «donne che hanno subito dal loro ex partner il peggior degli affronti, delle torture possibili, ovverosia la cancellazione della propria identità». «Un attacco premeditato con l'acido ha sfregiato il loro volto per sempre, costringendole ad un calvario psichico e medico, nonché ad una lunga serie di interventi chirurgici e ricostruttivi per riuscire a riottenere la parvenza di un volto. La gravità di questa tipologia di attacchi, ripetuta su altre donne, merita un'attenzione particolare da parte di un Parlamento che ha trasversalmente dimostrato di avere a cuore le sorti del mondo femminile». Inoltre, si specifica che «il volto distrutto e volutamente sfregiato per sempre ha il valore di una morte civile, inferta con inaudito cinismo e frutto o causa, sopra ogni cosa, della volontà violenta di restare unici padroni della bellezza, dell'io profondo della vittima che si sarebbe voluta possedere». Ancora, si afferma che si tratta di comportamenti dettati da «un odio e una ferocia tali da richiedere una rubricazione normativa diversa dalla lesione grave o gravissima subita in qualunque altra parte del corpo umano».

¹⁵ Per un'analisi dettagliata della circostanza aggravante in parola si veda M. RONCO, sub *art. 583*, in *Codice penale ipertestuale commentato*, a cura di M. RONCO - B. ROMANO, Torino, 2012; F. BASILE, sub *art. 583*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G.L. GATTA, Milano, 2015.

¹⁶ Art. 577-*bis*. Omicidio d'identità. Chiunque, volontariamente, cagiona al volto di una persona danni parziali o totali, tali da modificare le caratteristiche dello stesso è punito con la reclusione non inferiore ad anni dodici.

¹⁷ Relazione disponibile all'indirizzo www.senato.it.

Il Parlamento ha respinto l'ipotesi di costruire un «omicidio di identità» a carico di chi «cagiona al volto di una persona danni parziali o totali, tali da modificare le caratteristiche dello stesso»¹⁸. Tuttavia, le medesime ragioni di politica criminale hanno portato il legislatore a trasformare l'aggravante della deformazione o sfregio permanente al viso in fattispecie autonoma con la legge 19 luglio 2019 n. 69. Identici motivi hanno sollecitato altri Paesi a prevedere pene limitative della libertà molto severe per contrastare coloro che perseguono, intenzionalmente, lo scopo di sfigurare il volto della vittima¹⁹.

La scelta del legislatore di trasformare una circostanza aggravante in fattispecie autonoma non costituisce un *unicum*. Già in passato, il legislatore aveva utilizzato un simile meccanismo trasformando le due aggravanti del furto domiciliare (art. 625 n. 1) e del furto con scippo (art. 625 n. 4) in reati autonomi, con pena pecuniaria triplicata nel minimo, sottraendole così al bilanciamento di cui all'art. 69²⁰.

Sul piano strutturale, il raffronto tra l'abrogata circostanza aggravante e la nuova fattispecie autonoma non fa emergere differenze rilevanti, ad eccezione del diverso regime sanzionatorio, in quanto entrambe si riferiscono ai concetti di «deformazione» e di «sfregio» permanente del viso. Già in epoca precedente all'introduzione del «Codice rosso», con riferimento all'aggravante della deformazione, ovvero dello sfregio permanente del viso, la giurisprudenza – con cui concorda anche la dottrina²¹ – ha precisato che cosa debba intendersi per viso. Si tratta della parte che maggiormente interessa la venustà e il decoro della persona²². Il viso è la parte anteriore del capo che va dalla fronte fino all'estremità del mento e dall'uno all'altro orecchio, comprendendo anche le immediate zone di contorno che necessariamente contribuiscono alla formazione ed al completamento dell'immagine²³. Per deformazione si deve intendere un'alterazione anatomica del viso che ne

¹⁸ In merito al d.d.l., si veda M. VENTUROLI, *Il sistema penale sul "baratro" della disintegrazione semantica. Note critiche al disegno di legge in materia di omicidio di identità*, in *Leg. pen.*, 28-3-2018; F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, 2017, 73. Sul punto si veda, in senso critico riguardo alla proposta del d.d.l. 2757, S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2020, 456, che afferma: «nessuno dei quali [senatori] evidentemente avvertiva la singolarità di un omicidio che non è tale, realizzato nei confronti di un bene – l'identità – di difficilissima determinazione, con modalità consegnate alla più inquietante indeterminazione».

¹⁹ Per un'analisi in senso comparatistico si veda E. LO MONTE, *Il nuovo art. 583-quinquies c.p. («Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso»): l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo*, in *Legislazione penale*, 22-11-2019, 6 ss.

²⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2018, 90. Cfr., altresì, l'art. 319-ter c.p.

²¹ M. D'ANDRIA, sub art. 583. *Circostanze aggravanti*, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, XI, tomo I, Milano, 2010, 256 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, I, Padova, 2016, 154.

²² Cass., 7.3.1958, in *RIDPP*, 58, 1229.

²³ Cass., sez. I, 9.2.1971 – 8.6.1971, n. 138, CPMA 72, 533; Cass., sez. II, 22.9.1998 – 13.10.1998, n. 10732, CP 00, 213.

alteri profondamente la simmetria tanto da causarne uno sfiguramento. Lo sfregio è inteso come un qualsiasi nocumento che non venga a determinare la più grave conseguenza della deformazione, ma che importa un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso²⁴. In particolare, integra lo sfregio permanente qualsiasi segno idoneo ad alterare la fisionomia della persona, ancorché di dimensioni contenute, rispetto ai tratti naturali dei lineamenti, escludendone l'armonia con effetto sgradevole o di ilarietà, anche se non di ripugnanza, e compromettendone l'immagine in senso estetico. Non rileva in tal caso la possibilità di eliminazione o di attenuazione del danno fisionomico mediante speciali trattamenti di chirurgia facciale²⁵. L'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina non ha subito modificazioni di rilievo in seguito alla trasformazione della fattispecie da circostanza aggravante a titolo autonomo di reato, perché la struttura letterale della norma è rimasta invariata.

La trasformazione dell'aggravante di cui all'art. 583, comma 2, c.p. in fattispecie autonoma determina rilevanti conseguenze con riferimento al computo delle circostanze. Infatti, prima della legge n. 19 luglio 2019 n. 69, la riforma del 1990 aveva armonizzato la disciplina dell'imputazione delle circostanze aggravanti al principio di colpevolezza, richiedendo, pertanto, almeno la colpa in capo all'agente come titolo di ascrizione. Quindi, la circostanza aggravante della deformazione o dello sfregio permanente del viso poteva essere addebitata all'autore solo se in linea con il principio di colpevolezza e, quindi, soltanto se era dall'agente conosciuta ovvero ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa, secondo quanto previsto dall'art. 59, co. 2, c.p. Dopo l'entrata in vigore del "Codice rosso", invece, l'art. 583-*quinquies* costituisce una fattispecie autonoma, perciò il fatto potrà essere ascritto all'agente secondo i normali criteri dell'ascrizione della responsabilità penale (art. 42, co. 2, c.p.), vale a dire a titolo di dolo. La conseguenza di maggiore novità che discende dalla trasformazione della circostanza aggravante in fattispecie autonoma è, come anticipato *supra*, il fatto che si sottrae la fattispecie in parola al giudizio di bilanciamento delle circostanze. Infatti, mentre in passato il regime sanzionatorio previsto per le lesioni aggravate dall'aver cagionato una deformazione o uno sfregio permanente del viso poteva essere temperato dalla sussistenza di circostanze attenuanti, attualmente risulta inapplicabile l'ipotesi di bilanciamento, determinandosi così un irrigidimento sul piano sanzionatorio.

La novità introdotta dalla legge 19 luglio 2019 n. 69 riguarda anche i limiti edittali: mentre l'art. 583, co. 2, c.p. puniva con la reclusione da 6 a 12 anni

²⁴ Cass. Sez. I, 10.6.1978; Cass., sez. IV, 4.7.2000 - 22.11.2000, n. 12006, CP 02, 2372; Cass., sez. V, 16.6.2014 n. 32984.

²⁵ Cass., sez. V 21.4.2010 - 8.7.2010, n. 26155, CED 247892; Cass., sez. V, 16.1.2012 - 7.6.2012, n. 21998, CED 252952; Cass., sez. V, 16.6.2014 - 24.7.2014, n. 32984, CED 261653. In dottrina, si veda D. PULITANÒ, *Lesioni personali, percosse, rissa*, in *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, a cura dello stesso Autore, II, Torino 2019, 77.

le lesioni gravissime, tra le quali erano inserite la deformazione e lo sfregio permanente al viso, oggi l'art. 583-*quinquies* prevede dei limiti edittali più elevati. Il forte inasprimento sanzionatorio emerge anche con riferimento alle pene accessorie. Infatti, il secondo comma dell'art. 583-*quinquies* c.p. stabilisce che in caso di condanna o in ipotesi di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. per il delitto *de quo*, è prevista l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno.

4. Conclusioni.

In generale, l'irrigidimento delle sanzioni costituisce un *leit motiv* del legislatore italiano che tenta di perseguire il fine di deterrenza attraverso l'aumento di pena²⁶. Tuttavia, l'entità delle sanzioni previste dal nuovo art. 583-*quinquies* c.p. sollevano alcune perplessità in merito al rispetto del principio di proporzione-ragionevolezza. Infatti, in dottrina sono stati sollevati dubbi riguardo alla conformità con il principio di proporzione, così come individuato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 236 del 2016²⁷, del novellato art. 583-*quinquies* c.p. che, a fronte di una fattispecie assolutamente identica all'abrogata aggravante, tuttavia aumenta la sanzione, prevede interdizioni perpetue e pene accessorie fisse, e inserisce, altresì, la norma nuova nell'ambito dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, con decisa prevalenza dei profili di prevenzione generale, rispetto a quelli di prevenzione speciale²⁸.

Alla luce delle modifiche introdotte dal "Codice rosso", l'intervento del legislatore del 2019 sembrerebbe dettato principalmente dal desiderio di rispondere al sentimento di "allarme" suscitato da alcuni terribili fatti di cro-

²⁶ A. MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, in *Arch. pen.*, 3, 2020, 4: « Come, invece, è ormai risaputo già dall'epoca di Beccaria, non è certo l'aumento della pena che comporta una diminuzione del numero dei reati, soprattutto perché colui che si accinge a commettere delitti, in particolare del tipo di quello di cui si tratta, è convinto di farla franca, magari fuggendo all'arrivo della polizia e, comunque, ciò che più rileva, non è certo l'aumento della pena che impedisce al soggetto di porre in essere tale tipo di reato, proprio perché trattasi di delitti di tipo impulsivo-passionale e, spesso, di carattere vendicativo, per cui il soggetto è determinato a commettere tale delitto, evidentemente "costi quel che costi"».

²⁷ Corte cost., 21.9.2016, dep. 10.11.2016, con nota di F. VIGANÒ, *Una importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 61 ss. La sentenza n. 236 del 2016 non è rimasta isolata, in quanto sul tema del principio della proporzionalità sanzionatoria si è espressa recente la sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019 (Corte cost., n. 40 del 2019, in www.cortecostituzionale.it). Con riferimento a quest'ultima sentenza si veda: DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 10, 1403; nonché R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, 2, 139.

²⁸ A. MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., 3, 2020, 12.

naca, a cui hanno dato ampio risalto i mezzi di informazione, piuttosto che dalla reale necessità di rafforzare la risposta sanzionatoria dell'ordinamento rispetto a fatti già in precedenza annoverati fra le ipotesi più gravi di lesione personale²⁹. Al fine di contrastare quel complesso fenomeno che è la violenza di genere non sembra proficuo percorrere esclusivamente la via dell'irrigidimento delle sanzioni per fatti già duramente sanzionati³⁰, ma pare più utile orientarsi verso un sistema integrato di interventi in ogni settore dell'ordinamento³¹. Infatti, la violenza di genere, prima ancora che una questione di diritto penale, costituisce un problema di natura socio-culturale che può essere risolto solo se la risposta penalistica è inserita in un contesto più ampio di interventi organici caratterizzati da effettività e razionalità.

²⁹ A. VALSECCHI, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità, cit., 171. In generale sulle tendenze punitive del diritto penale degli ultimi anni si veda: S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018; A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, 1488 ss.; C. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, 447 ss.; G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *DPP*, 2019, 589 ss.; PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *DPP*, 2019, 5 ss.; PELISSERO, *Politica consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1; D. PULITANO, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, 361 ss.

³⁰ Per una puntuale analisi, in generale, della crisi dell'effettività della risposta penalistica si veda E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 117 ss.

³¹ F. BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2013, 5.

IL DECRETO-LEGGE SUI TABULATI

Leonardo Filippi*

Sommario: 1. Il decreto-legge. - 2. I principi espressi dalla Grande Camera. - 3. La disciplina italiana sui tabulati. - 4. L'indirizzo giurisprudenziale italiano. - 5. Il decreto-legge. - 6. La disciplina transitoria. - 7. Conclusioni.

1. Il decreto-legge.

Il Governo ha scelto la linea garantista. Dopo la sentenza di marzo della Corte di giustizia del Lussemburgo¹, che, seguendo analoghe pronunce precedenti, aveva affermato il contrasto rispetto al diritto dell'Unione europea della disciplina estone, che, come quella italiana, consentiva una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico telefonico/informatico e dei dati relativi all'ubicazione, riservando al pubblico ministero il potere di acquisizione, era ormai indifferibile un intervento legislativo.

2. I principi espressi dalla Grande Camera.

La Grande Camera aveva precisato che l'art. 15 § 1 della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico telefonico/informatico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò in-

* Professore Emerito di Procedura Penale - Università di Cagliari.

¹ Corte giust. UE (Grande Camera) 2.3.2021, H. K. c. /Prokuratuur, C-746/18.

dipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

La Grande Camera aggiunse che lo stesso art. 15, § 1, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale, dato che il compito del pubblico ministero è quello di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento².

La sentenza della Grande Camera del 2 marzo 2021 ribadì, peraltro, principi già perentoriamente affermati in passato in diverse sue pronunce. Infatti, la Grande Camera della Corte giust. U.E. affermò, anzitutto, il principio per cui l'obiettivo della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati è ammesso, conformemente al principio di proporzionalità, soltanto per la lotta contro "le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica", le quali solamente sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, come quelle che comporta la conservazione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione. Infatti, come già rilevato in passato, l'accesso a un insieme di dati relativi al traffico o all'ubicazione "può effettivamente consentire di trarre conclusioni precise, o addirittura molto precise, sulla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati". Pertanto, è vietata una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all'ubicazione e "soltanto gli obiettivi della lotta contro le forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica sono atti a giustificare l'accesso delle autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o all'ubicazione, i quali sono suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate da quest'ultimo e tali da permettere di "trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate".

La Corte aggiunse che altri fattori attinenti alla proporzionalità di una domanda di accesso, come la durata del periodo per il quale viene richiesto l'accesso a tali dati, non possono avere come effetto quello di giustificare l'obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati in generale. Essa osservò che, indubbiamente, maggiore è la durata del periodo per il quale viene richiesto l'accesso o le categorie di dati richiesti, più grande è, in linea di principio, la quantità di dati che possono essere conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche, relativi alle comunicazioni elettroniche effettuate, ai luoghi di soggiorno frequentati, nonché agli spostamenti compiuti dall'utente di un mezzo di comunicazione elettronica, consentendo in tal modo di ricavare, a partire dai dati consultati, un maggior numero di conclusioni sulla vita privata di tale utente. Pertanto, il principio di proporzionalità, che consente le deroghe alla protezione dei dati personali e le limitazioni di quest'ultima, impone che tanto la categoria o le categorie di dati interessati, quanto la durata per la quale è richiesto l'accesso a questi ultimi, siano, in funzione delle circostanze

² Corte giust. UE (Grande Camera) 2.3.2021, *H. K. c. /Prokuratuur*, C-746/18.

del caso di specie, limitate a “quanto è strettamente necessario” ai fini dell’indagine in questione.

La Corte chiarì che l’autorizzazione all’accesso concessa dal giudice o dall’autorità indipendente competente deve intervenire necessariamente prima che i dati e le informazioni che ne derivano possano essere consultati. Pertanto, “la valutazione della gravità dell’ingerenza costituita dall’accesso si effettua necessariamente in funzione del rischio generalmente afferente alla categoria di dati richiesti per la vita privata delle persone interessate, senza che rilevi, peraltro, sapere se le informazioni relative alla vita privata che ne derivano abbiano o meno, concretamente, un carattere sensibile”.

Come già affermato in passato, la Corte riconobbe che è vero che spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle autorità nazionali competenti l’accesso ai dati di cui essi dispongono. Tuttavia, per soddisfare il requisito di proporzionalità, tale normativa deve prevedere “regole chiare e precise che disciplinino la portata e l’applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati personali vengono in discussione dispongano di garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente tali dati contro i rischi di abusi”. Tale normativa deve inoltre essere “legalmente vincolante nell’ordinamento interno e precisare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di dati del genere, in modo da garantire che l’ingerenza sia limitata allo stretto necessario”³.

In particolare, una normativa nazionale che disciplini l’accesso delle autorità competenti a dati conservati e relativi al traffico e all’ubicazione, adottata ai sensi dell’art. 15, § 1, della Direttiva 2002/58, non può limitarsi a esigere che l’accesso delle autorità ai dati risponda alla finalità perseguita da tale normativa, ma deve altresì prevedere “le condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano tale utilizzo”⁴.

Pertanto, poiché un accesso generalizzato a tutti i dati conservati, indipendentemente da un qualche collegamento, almeno indiretto, con la finalità perseguita, non può considerarsi “limitato allo stretto necessario”, ogni normativa nazionale “deve fondarsi su criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l’accesso ai dati in questione”.

La Corte precisò, inoltre, che “un accesso siffatto può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l’obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un’altra in un illecito del genere”.

³ Come già avevano precisato Corte giust. UE, Grande Camera, 21.12.2016, *Tele2 Sverige e Watson e al.*, C-203/15 e C-698/15, cit.; Corte giust. UE, Grande Camera, 6.10.2020, *Privacy International*, C-623/17, cit., nonché Corte giust. UE, Grande Camera, 6.10.2020, *La Quadrature du Net e al.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18 e la giurisprudenza ivi citata.

⁴ Il principio era stato già enunciato da Corte giust. UE, Grande Camera, 6.10.2020, *Privacy International*, C-623/17, cit. nonché Corte giust. UE, Grande Camera, 6.10.2020, *La Quadrature du Net e al.*, C-511/18, C-512/18, e C-520/18, e la giurisprudenza ivi citata.

Soltanto eccezionalmente, “in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l’accesso ai dati di altre persone potrebbe essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo”⁵.

Un altro cardinale principio, già affermato in passato dalla Corte⁶, e poi ribadito dalla Grande Camera, nega al pubblico ministero la competenza, ai fini di un’indagine penale, ad autorizzare l’accesso di un’autorità pubblica sia ai dati di traffico, sia ai dati sulla posizione. Invero, la Grande Camera precisò che il controllo preventivo richiede, tra l’altro, che il giudice o l’entità incaricata di effettuare il controllo medesimo disponga di tutte le attribuzioni e presenti tutte le garanzie necessarie per garantire un contenimento dei diversi valori e diritti in gioco. Per quanto riguarda, più in particolare, un’indagine penale, “tale controllo preventivo richiede che detto giudice o detta entità sia in grado di garantire un giusto equilibrio, da un lato, tra gli interessi connessi alle necessità dell’indagine nell’ambito della lotta contro la criminalità e, dall’altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall’accesso”; qualora tale controllo venga effettuato non da un giudice bensì da un’entità amministrativa indipendente, quest’ultima deve godere di uno *status* che le permetta di agire nell’assolvimento dei propri compiti in modo obiettivo e imparziale, e deve a tale scopo essere al riparo da qualsiasi influenza esterna.

La Corte ribadì perciò che il requisito di indipendenza che l’autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare impone che tale autorità abbia la “qualità di terzo rispetto a quella che chiede l’accesso ai dati”, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna. In particolare, in ambito penale, “il requisito di indipendenza implica che l’autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato, non sia coinvolta nella conduzione dell’indagine penale di cui trattasi e, dall’altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale”. Tali caratteri non sono riscontrabili nel pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l’azione penale, giacché “il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l’azione penale”.

D’altra parte, la circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo *status*, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento “non può essere sufficiente per conferirgli lo *status* di terzo rispetto agli interessi in gioco”, nel senso

⁵ In tal senso, Corte giust. U.E., Grande Camera, 21.12.2016, *Tele2 Sverige e Watson e al.*, C-203/15 e C-698/15, cit., nonché Corte giust. UE, Grande Camera, 6.10.2020, *La Quadrature du Net e al.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

⁶ Come già affermato da Corte giust. UE, Grande Camera, 9.3. 2010, *Commissione/Germania*, C518/07.

che non dispone di tutte le attribuzioni e non presenta tutte le garanzie necessarie per garantire una armonizzazione dei diversi valori e diritti contrapposti. Pertanto, la Corte concluse categoricamente che il pubblico ministero non è in grado di effettuare tale controllo preventivo sulla richiesta delle autorità nazionali competenti di accesso ai dati conservati.

Secondo la Corte, il pieno rispetto delle condizioni per l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati può essere assicurato soltanto se sia subordinato ad "un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente".

La Grande Camera ritenne che il controllo indipendente debba essere, di regola, preventivo, cioè debba intervenire prima di qualsiasi accesso. Solo in via di eccezione, individuata in "situazioni di urgenza debitamente giustificate", il controllo può essere successivo all'accesso, ma "deve avvenire entro termini brevi"⁷, tenendo presente che un controllo successivo è sempre inadeguato perché non consente di impedire un accesso ai dati in questione eccedente i limiti dello "stretto necessario".

La Corte inoltre esclude autorizzazioni d'ufficio e richieste che la decisione di tale giudice o di tale entità intervenga a seguito di una richiesta motivata delle autorità suddette, presentata, in particolare, nell'ambito di procedure di prevenzione o di accertamento di reati ovvero nel contesto di azioni penali esercitate.

Per tutte tali considerazioni la Corte concluse dichiarando che l'art. 15, § 1, della Direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, § 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale.

3. La disciplina italiana sui tabulati.

In Italia, com'è noto, le disposizioni legislative sulla conservazione dei dati personali si incentrano sull'art. 132 d.lgs. 30.6.2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali (cd. Codice della *privacy*), che, in nome dell'*habeas data* tutelato dall'art. 15 Cost., contiene la disciplina ordinaria. Essa prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione (comma 1). I dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per trenta giorni (comma 1-bis). La stessa disposizione stabilisce che, entro tali termini, i dati siano "acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero" (comma 2).

⁷ In tal senso, si era già pronunciata Corte giust. UE, Grande Camera, 6.10.2020, *La Quadrature du Net e al.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18 e la giurisprudenza ivi citata.

Inoltre, una disciplina speciale è dettata dall'art. 24 l. 20.11.2017, n. 167, che, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lett. a), c.p.p., ha innalzato a 72 mesi (6 anni) il periodo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, in deroga a quanto previsto dall'art. 132 commi 1 e 1-*bis* del Codice *Privacy*.

Il quadro complessivo della disciplina della *data retention*, pertanto, si articola secondo una sorta di “quadruplica binario” a seconda del tipo di reato perseguito. I tempi di conservazione sono di regola scanditi nei ventiquattro mesi, dodici mesi e trenta giorni previsti dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003; nei casi in cui vengono in rilievo reati a matrice terroristica o previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), i tempi di conservazione sono dettati dall'art. 24 l. n. 1677/2017. Ma il fornitore dei servizi, non potendo prevedere le richieste che gli perverranno in futuro, per adempiere ai suoi obblighi di conservazione, deve custodire in ogni caso tutti i dati di traffico per il termine massimo di settantadue mesi. Naturalmente il soggetto titolare del rapporto contrattuale con l'ente gestore della telefonia è legittimato ad ottenere la documentazione dei dati memorizzati, che riguardano le proprie comunicazioni con i suoi interlocutori, senza la necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Su questa disciplina legislativa la Corte costituzionale non ha mai avuto il coraggio di incidere. Essa infatti dichiarò inammissibile, la questione di costituzionalità, sollevata con riferimento all'art.267 c.p.p., nella parte in cui non prescrive l'adozione di un provvedimento autorizzativo del giudice per l'acquisizione dei tabulati telefonici. Secondo questa decisione, è ragionevole la previsione di diversi gradi di tutela, in quanto per le intercettazioni, riguardando queste il contenuto del flusso delle comunicazioni, vi è la necessità dell'autorizzazione del giudice, mentre per l'acquisizione dei tabulati, concernente i soli dati esterni delle comunicazioni, si è ritenuto sufficiente l'adozione di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, e quindi anche del pubblico ministero⁸.

E tale affermazione è rimasta immutata nel tempo, anche se successivamente la Consulta ebbe occasione di sottolineare “la notevole capacità intrusiva” di un'attività investigativa che coinvolga i tabulati⁹, confermando che per ogni cittadino il ricorso a tale strumento di indagine deve necessariamente essere soggetto alle garanzie previste dall'art. 15 Cost.¹⁰.

4. L'indirizzo giurisprudenziale italiano.

In Italia, un indirizzo giurisprudenziale consolidato ha sempre ritenuto rispettosa del diritto U.E. la disciplina nazionale che legittima il pubblico ministero, anziché il giudice, all'acquisizione dei dati¹¹. Si è argomentato, al riguardo, che le sentenze euro-

⁸ Corte cost. 7.7.1998, n. 281.

⁹ Corte cost. 26.5.2010, n. 188.

¹⁰ Corte cost. 23.1.2019, n.38.

¹¹ Nel senso della compatibilità della disciplina italiana con le disposizioni europee (v. Cass., sez. II, n. 5741/20202, *CED* 278568; Cass., sez. III, n. 48737/2019, *CED* 277353; Cass., sez. V, n.

pee, nelle versioni in francese e in inglese, fanno riferimento al necessario intervento di un'autorità giudiziaria, non prescrivendo esclusivamente l'intervento del giudice. Nella traduzione italiana delle sentenze in esame, invece, si richiede "un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente". Pertanto, la giurisprudenza italiana ritiene che il termine "giudice" non vada inteso in senso stretto, ma possa essere esteso sino al concetto di "autorità giudiziaria", che pacificamente ricomprende anche la figura del pubblico ministero, con una interpretazione che valorizza il principio di indipendenza istituzionale, che nel sistema italiano, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti europei, caratterizza tutta la magistratura, anche quella requirente, e risulta avallata dall'accostamento del "giudice" alla "autorità amministrativa indipendente"¹².

Da parte loro, le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono adeguate all'interpretazione della Consulta, affermando che l'intercettazione dei flussi di comunicazione telefonica, informatica o telematica, con la captazione dei contenuti del dialogo in corso all'insaputa di almeno uno degli interlocutori, debba avvenire con un controllo giurisdizionale preventivo o, in caso di urgenza, immediatamente successivo, come previsto dall'art. 267 c.p.p., mentre per quanto attiene ai tabulati telefonici, per acquisire i dati esterni concernenti i soli contatti, possa essere sufficiente il decreto motivato del pubblico ministero¹³.

Ovviamente il decreto di acquisizione del G.I.P. deve essere motivato ex artt. 253 c.p.p. e 132, comma 3, d.lgs. 30.6.2003, n. 196 e la motivazione deve indicare la necessità investigativa che impone di compiere l'atto. Ma, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, poiché si ritiene modesto il livello di intrusione nella sfera di riservatezza delle persone, ai fini dell'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico, telematico o di ubicazione, l'obbligo di motivazione del decreto acquisitivo sarebbe soddisfatto anche con espressioni sintetiche, nelle quali si sottolinei la necessità dell'investigazione, in relazione al proseguimento delle indagini ovvero all'individuazione dei soggetti coinvolti nel reato, o si richiamino, con espressione

33851/2018, CED 273892). In particolare, poi, per la S.C., i principi enunciati dalle sentenze della CGUE non avrebbero effetto sulla disciplina italiana della conservazione e dell'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico, perché esse riguarderebbero Stati privi di una disciplina legislativa sulla conservazione e sull'accesso ai dati, mentre l'Italia dispone di una specifica disciplina. (v. Cass., sez. V, n. 33851/2018, CED 273892; Cass., sez. III, 36380/2019). Cass., sez. II, 15.4.2021 (dep. 22.7.2021), Lordi, n. 28523, in *Guida dir.*, 2021, n.34, p. 68, ritiene che la sentenza 2.3. 2021, emessa nella causa C 746/18m, della Corte di Giustizia UE, in tema di tabulati telefonici "sembra incapace di produrre effetti applicativi immediati e diretti a causa dell'indeterminatezza delle espressioni ivi utilizzate al fine di legittimare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata dei cittadini". Secondo la S.C., gli unici dati patologicamente inutilizzabili sarebbero quelli relativi al traffico telefonico contenuti nei tabulati acquisiti dall'autorità giudiziaria dopo i termini previsti dall'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, atteso il divieto di conservazione degli stessi da parte del gestore al fine di consentire l'accertamento dei reati oltre il periodo normativamente predeterminato (Cass., sez. V, n. 7265/2016, CED 267144).

¹² Cass., sez. V, 24.4.2018 (dep. 19.7.2018), M., n. 33851, Rv. 273892, cit.; Cass., sez. III, 19.4.2019 (dep. 23.8.2019), D'Addiego e altro, n. 36380, cit.

¹³ Cass., Sez. un., 23.2.2000, n. 6, D'Amuri, Rv. 215841.

indicativa della loro condivisione da parte dell'autorità giudiziaria, le ragioni esposte da quella di polizia¹⁴.

Inoltre, come conseguenza dell'inquadramento dell'acquisizione dei tabulati come mezzo di ricerca della prova diverso dall'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, la giurisprudenza ritiene che, ai fini dell'acquisizione di tabulati relativi al traffico telefonico da altro procedimento, non è necessaria la procedura richiesta per le intercettazioni dall'art. 270 c.p.p.¹⁵.

Tuttavia, la Corte di cassazione si è spinta ad affermare che il rispetto dei termini di conservazione dei dati rileva ai fini della loro utilizzabilità e, di conseguenza, sono stati ritenuti inutilizzabili i dati contenuti nei tabulati telefonici acquisiti dall'autorità giudiziaria senza rispettare i termini di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196/2003¹⁶. Si soggiunge che l'art. 132, comma 1, Codice della *privacy*, contiene un divieto di conservazione dei dati da parte del gestore oltre il periodo normativamente predeterminato¹⁷, per cui i dati conservati oltre i termini indicati, se acquisiti agli atti, costituiscono una prova vietata dalla legge e la cui utilizzazione è dunque esclusa in maniera assoluta.

Secondo la Corte di cassazione, la normativa nazionale rispetterebbe gli *standard* di tutela dei dati personali richiesti dalla normativa europea. Essa, infatti, enuncia la finalità di repressione dei reati; delimita sul piano temporale l'attività di conservazione; prevede l'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria, funzionale all'effettivo controllo della stretta necessità dell'accesso ai dati nonché al rispetto del principio di proporzionalità in concreto.

In realtà, la disciplina ordinaria italiana non limitava l'accesso ai dati "strettamente necessari" ai fini dell'indagine nella lotta contro le "forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica", non distingueva tra reati più o meno gravi, né tra i soggetti sospettati di reato o meno, come esige la Corte di giustizia U.E.

Inoltre, il Codice *privacy* attribuiva al P.M. la legittimazione esclusiva ad acquisire i dati telefonici o telematici - competenza censurata dalla Corte di giustizia U.E. - mentre in precedenza la legge italiana stabiliva che i dati erano acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice, su istanza delle parti. In altre parole, in Italia la conservazione dei dati era ordinariamente generalizzata e indifferenziata ed inoltre era attribuito al P.M. il "monopolio a disporre l'acquisizione dei dati", anche nel caso di istanza del difensore dell'imputato, dell'indagato, della persona offesa e delle altre parti private. La normativa riesumava la previgente prassi processuale, per cui il P.M. acquisiva il tabulato telefonico con proprio decreto ex art. 256 c.p.p., ma segnava un pericoloso *revirement* in rotta di collisione con il sistema accusatorio, come ripetutamente affermato dalla Grande Camera della Corte di giustizia U.E., dal momento che si riconoscono al P.M. poteri incidenti sulla vita privata e sull' "inviolabile" libertà di comunicazione che il diritto U.E. e l'art. 15 Cost. affidano al giudice.

¹⁴ È stato ritenuto sufficientemente motivato il provvedimento acquisitivo che si limita a richiamare l'assoluta necessità dell'acquisizione ai fini del proseguimento delle indagini (Cass., sez. I, 28.4.2014, n. 37212, Rv. 260589; Cass., sez. I, 26.9.2007, n. 46086, Rv. 238170).

¹⁵ Cass., sez. II, 18.10.2007 (dep. 22.11.2007), n. 43329, Rv. 238834.

¹⁶ Cass., sez. V 5.12.2014 (dep. 15.4.2015), n. 15613, in *CED Cass.*, Rv. 263805.

¹⁷ Cass. sez. V, 25.1.2016 (dep.24.2.2016), n. 7265, in *CED Cass.* Rv. 267144.

La disciplina appariva ancora più negativa se si pensa che, a norma dell'art. 132, comma 3, Codice *privacy*, il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini poteva richiedere, direttamente al fornitore, soltanto i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito (e non di terze persone) con le modalità indicate dall'art. 391-*quater* c.p.p., ferme restando inoltre per il traffico entrante le condizioni di cui all'art. 8, comma 2 lett. f), dello stesso d.lgs. La richiesta di accesso diretto alle comunicazioni telefoniche in entrata poteva essere effettuata "solo quando possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397; diversamente i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento U.E. G.D.P.R. n. 2016/679) potevano essere esercitati "con le modalità di cui all'articolo 2-*undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo", cioè tramite il Garante con le modalità di cui all'art. 160 dello stesso codice della *privacy*.

Nonostante l'evidente contrasto con le Direttive europee, la Corte di cassazione ha sempre escluso che l'art. 132 Codice *privacy* confliggesse con il diritto dell'Unione¹⁸.

Si discuteva sugli effetti della pronuncia della Corte giust. U.E. negli ordinamenti interni. In Italia, la Corte di cassazione ha affermato che i principi enunciati dalle sentenze della Corte di giustizia U.E. non avrebbero effetto sulla disciplina italiana della conservazione e dell'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico, perché esse riguarderebbero Stati privi di una disciplina legislativa sulla conservazione e sull'accesso ai dati, mentre l'Italia dispone di una specifica disciplina¹⁹.

A nostro parere, in una materia come quella riguardante la segretezza delle comunicazioni, presidiata dalla riserva di legge, la caducazione della Direttiva 2002/58/CE, nelle parti dichiarate contrastanti con il diritto U.E., toglie alla disciplina interna la "base legale".

Inoltre, anche se le sentenze della Corte di giustizia U.E. non sono immediatamente operanti nell'ordinamento interno, giacché esse incidono soltanto sugli atti dell'Unione, a norma dell'art. 267 T.F.U.E., tuttavia, una serie di pronunce, tutte dello stesso tenore, che evidenziano un così eclatante contrasto della legislazione italiana con il diritto U.E., non possono essere più ignorate.

È vero che le disposizioni dei Trattati non specificano gli effetti delle pronunce pregiudiziali, ma è ovvio che il rinvio pregiudiziale comporti anzitutto un effetto endoprocedurale, nel senso che la decisione della Corte di giustizia U.E. è certamente vincolante sul giudice del rinvio, che è tenuto a conformarsi all'interpretazione resa dalla Corte per la risoluzione della controversia *sub iudice*, anche se la vincolatività della sentenza interpretativa non può impedire comunque al giudice nazionale di sollevare un nuovo rinvio alla Corte, anche al fine di provocarne un mutamento interpretativo. Tuttavia, non può negarsi alle sentenze interpretative della Corte giust. U.E. anche effetto extraprocedurale, cioè al di fuori del giudizio principale. Tali pronunce, infatti, pur originando da una specifica controversia, hanno carattere astratto, essendo volte a chiarire l'interpretazione e la portata delle disposizioni del diritto U.E. Anzi,

¹⁸ Cass., sez. II, 10.12.2019, Dedej e altri, n. 5741/2020; Cass., sez. III, 19.4.2019, n. 36380/2019; Cass., sez. V, 24.4.2018, n.33851, Rv. 273892.

¹⁹ Cass., sez. V, 24.4.2018 (dep. 19.7.2018), n. 33851; Cass., sez. III, 19.4.2019 (dep. 23.8.2019), n. 36380.

la finalità del rinvio pregiudiziale è proprio quello di assicurare l'uniforme applicazione del diritto U.E. e tale finalità sarebbe frustrata se le sentenze interpretative della Corte dispiegassero i propri effetti soltanto nella causa *a qua*²⁰.

In conclusione, l'interpretazione dell'art. 15, § 1, della direttiva 2002/58 data dalla Corte di giustizia U.E. nel caso estone, assumeva rilievo anche per valutare la conformità della normativa italiana alla disciplina dell'Unione europea²¹.

Dopo la sentenza della Corte giust. U.E., la giurisprudenza procedeva in ordine sparso, raramente disapplicando la normativa interna²², più spesso negando la diretta applicabilità della sentenza della Corte giust. U.E.²³, altre volte richiedendo una pronuncia pregiudiziale della Corte giust. UE²⁴.

5. Il decreto-legge.

Il legislatore italiano è stato quindi costretto ad adeguarsi al diritto dell'Unione e introdurre finalmente una duplice riserva (di legge e di giurisdizione), prevedendo, con "regole chiare e precise", il divieto di una conservazione "generalizzata e indiffe-

²⁰ In questo senso cfr. R. MASTROIANNI, *Pregiudiziale comunitaria*, in *Digesto discipline penalistiche*, 2010.

²¹ V. in generale Corte giust. UE, che ha stabilito che l'art. 288 T.F.U.E. dev'essere interpretato nel senso che osta a che un giudice nazionale il quale, nell'ambito di un procedimento previsto a tal fine dal diritto interno, constati che lo Stato membro al quale appartiene non ha adempiuto il proprio obbligo di recepire correttamente la direttiva 2001/82/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, come modificata dalla direttiva 2004/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, rifiuti di adottare, per il motivo che la normativa nazionale gli sembra conforme al regolamento (UE) 2019/6 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, relativo ai medicinali veterinari e che abroga la direttiva 2001/82 - regolamento che abroga tale direttiva e che sarà applicabile a decorrere dal 28 gennaio 2022 - una dichiarazione giurisdizionale secondo la quale tale Stato membro non ha correttamente recepito detta direttiva ed è tenuto a rimediare (Corte giust. U.E., sez. I, 17.3.2021, *Uh /c/ An Taire Talmhaíochta, Bia Agus Mara, Éire, An Tard-Aighne*, C-64/2).

²² In questo senso Trib. Roma, GIP (decreto) 25.4.2021, che, applicando direttamente la prevalente normativa sovranazionale, ha autorizzato la richiesta acquisizione dei dati, dopo aver ritenuto sussistenti i presupposti delineati dalla normativa UE e cioè gli indizi di uno dei reati di cui agli artt. 266 e 266-bis c.p.p., nonché l'indispensabilità per la prosecuzione delle indagini. Nel senso della disapplicazione è anche Trib. Bari, GIP (decreto) 1.5.2021, che ritiene il giudice organo legittimato ad autorizzare l'acquisizione dei tabulati, dopo un vaglio giurisdizionale che decida sulla necessità di limitazioni di diritti fondamentali e ritenendo applicabile analogicamente l'art. 271 c.p.p. in caso di acquisizione dei tabulati da parte del P.M. (in *Guida dir.*, 2021, n. 20, 42). Si è affermata la diretta applicabilità della sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia UE 2.3. 2021, H.K., C-746/18, in tema di tabulati telefonici, traendone conclusioni in termini di inutilizzabilità degli esiti di prova, con un provvedimento che - per gli effetti che ne conseguono sulle intercettazioni richieste sulla scorta di dati di traffico acquisiti in assenza del decreto autorizzativo del giudice - apre a considerazioni di ulteriori criticità (G.I.P. Trib. Bari (decreto) 1.5.2021, ne *Il Penalista*, 25.5.2021).

²³ Trib. Milano (ord.) 22.4.2021, e Trib. Roma, GIP (decreto) 28.4.2021 e (decreto) 29.4.2021 (in *Guida dir.*, 2021, n. 20, 42).

²⁴ Trib. Rieti (ord.) 4.5.2021, in *Guida dir.*, 2021, n. 20, 36.

renziata” dei dati relativi al traffico e all'ubicazione²⁵, le “garanzie minime”, cioè “i casi e i modi” per l'accesso ai dati.

È rimasto inalterato, e darà luogo a difficoltà di coordinamento, l'art. 254-*bis* c.p.p. che, adeguandosi alla Convenzione di Budapest, disciplina le sequenze procedurali del sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni²⁶, stabilendo che l'autorità giudiziaria (e quindi anche il P.M. ma non i difensori), quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immutabilità (la *bit stream image*). In questo caso è, comunque, ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali. Tale sequestro ha ad oggetto i dati detenuti da fornitori di servizi telematici e non riguarda un flusso di comunicazioni in atto (quale è quello che si realizza con le *chat*, anche se non contestuali, le *mail* e i *social network*), che invece danno luogo ad un flusso di comunicazioni relativo a sistemi telematici, per la cui intercettazione opera il disposto dell'art. 266-*bis* c.p.p.²⁷.

È rimasto purtroppo inalterato anche l'irragionevole termine di conservazione prescritto dall'art. 132 d.lgs. 30.6.2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali (cd. Codice della *privacy*), che, in nome dell'*habeas data* tutelato dall'art. 15 Cost., contiene la disciplina ordinaria. Essa prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione (comma 1). I dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per trenta giorni (comma 1-*bis*). La stessa disposizione stabilisce che, entro tali termini, i dati siano “acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero” (comma 2).

Inoltre, una disciplina speciale è dettata dall'art. 24 l. 20.11.2017, n. 167, che, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento

²⁵ La nozione di “dato di ubicazione” è offerta dall'art. 1, comma 1 lett. c) d.lgs. n. 109/2008 che considera tale “ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indica la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale dell'utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico”.

²⁶ L'art. 254-*bis* è stato introdotto nel codice di rito penale dall'art. 8 l. 18.3.2008, n. 48, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica.

²⁷ Secondo la giurisprudenza, l'estrazione dei dati archiviati in un *computer* non dà luogo ad accertamento tecnico irripetibile, trattandosi di operazione meramente meccanica, riproducibile per un numero indefinito di volte, come si desume, del resto, dalla disciplina introdotta dalla l. 18.3.2008, n. 48 (Cass., sez. II, 1.7.2015, n. 29061, p.c. in proc. Artergiani e altro, in *Guida dir.*, 2015, n. 32, 91).

e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lett. a), c.p.p., ha innalzato a 72 mesi (6 anni) il periodo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, in deroga a quanto previsto dall'art. 132 commi 1 e 1-*bis* del Codice Privacy.

Il quadro complessivo della disciplina della *data retention*, pertanto è rimasto inalterato, cioè sempre articolato sui tempi di conservazione scanditi nei ventiquattro mesi, dodici mesi e trenta giorni previsti dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003; nei casi in cui vengono in rilievo reati a matrice terroristica o previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), i tempi di conservazione sono di 72 mesi, cioè 6 anni (art. 24 l. n. 1677/2017).

Il legislatore nazionale ha invece finalmente individuato i "casi" nei quali è consentito l'accesso ai dati, ed essi, dovendo riguardare esclusivamente la lotta contro "forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica", il decreto-legge li indica nei casi in cui sussistono "sufficienti indizi" di un reato (*fumus delicti*) per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove "rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini" (principio di pertinenza della prova). L'acquisizione dei dati può dunque avvenire anche in riferimento a persona non raggiunta da indizi di reato.

Ovviamente il decreto di acquisizione del G.I.P. deve essere motivato ex artt. 253 c.p.p. e 132, comma 3, d.lgs. 30.6.2003, n. 196 e la motivazione deve indicare la necessità investigativa che impone di acquisire i dati, precisando se quelli telefonici, telematici o le chiamate senza risposta, di un determinato soggetto, in riferimento ad un preciso arco temporale.

Anche se l'acquisizione dei dati deve essere rilevante "ai fini della prosecuzione delle indagini", non si può escludere una autorizzazione anche in momenti processuali successivi alla conclusione delle indagini preliminari, sia perché potrebbero esserci indagini suppletive e integrative del P.M., sia perché, a norma dell'art. 327-*bis* c.p.p., potrebbero essere svolte investigazioni difensive in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. Pertanto, l'autorizzazione compete al G.I.P. nella fase delle indagini preliminari e successivamente al giudice che procede. In ogni caso l'acquisizione dei dati non può mai costituire il primo atto di indagine, ma deve essere rilevante per la prosecuzione.

In realtà, si sarebbero dovuti legislativamente individuare anche i "soggetti" perché, di regola, l'accesso è ammesso soltanto ai dati di chi è sospettato di reato e solo eccezionalmente in "situazioni particolari" (come ad esempio quelle in cui gli interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo), può ammettersi l'accesso ai dati di persone non sospettate, ma a condizione che esistano "elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo". Invece nulla al riguardo è stato precisato nel decreto-legge. Pertanto, sul punto, sarà inevitabile sollevare questione di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117 Cost., che vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Infine, come si è detto, la Grande Camera aveva imposto il previo controllo effettuato da “un giudice o da un’entità amministrativa indipendente”, e che, in ossequio al principio della domanda, la decisione di tale giudice o di tale entità intervenisse a seguito di una richiesta motivata delle autorità competenti presentata, in particolare, nell’ambito di procedure di prevenzione o di accertamento di reati ovvero nel contesto di azioni penali esercitate. Solo eccezionalmente, in “caso di urgenza, debitamente giustificata”, il controllo può essere successivo all’accesso ai dati, ma deve intervenire “entro termini brevi”. E sul punto, il legislatore italiano è stato più diligente perché il decreto-legge, che modifica l’art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice della *privacy*, stabilisce che “i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell’imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private” (art. 132, comma 3).

In questo modo si è finalmente riconosciuto il diritto alla prova in capo anche al difensore, che finora era impossibilitato a richiedere i tabulati direttamente al fornitore. Inoltre la novità consiste nel fatto che è legittimato alla richiesta di tabulati non solo il difensore della persona sottoposta alle indagini, ma in successivi momenti processuali anche quello di qualsiasi altra parte privata (e quindi non solo l’imputato, ma anche la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria).

Il decreto-legge stabilisce pure che “quando ricorrono ragioni d’urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell’autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati (art. 132, comma 3-*bis*).

Il “nuovo” comma 3-*ter* dell’art. 132 del citato d.lgs. n. 196/2003 chiarisce che rispetto ai dati conservati per le finalità di accertamento e repressione di reati “i diritti di cui agli articoli da 12 a 22” del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento U.E. G.D.P.R. n. 2016/679) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, “possono essere esercitati con le modalità di cui all’articolo 2-*undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo”. In altre parole, i “diritti dell’interessato” al trattamento dei dati²⁸ possono essere esercitati tramite il Garante per la protezione dei dati personali con le modalità di cui all’art. 160²⁹.

²⁸ Si tratta di informazioni, comunicazioni e modalità trasparenti per l’esercizio dei diritti dell’interessato : art. 12; informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l’interessato : art. 13; informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l’interessato : art. 14; diritto di accesso dell’interessato : art. 15; diritto di rettifica : art. 16; diritto alla cancellazione (diritto all’oblio):art. 17; diritto di limitazione di trattamento: art. 18; obbligo di notifica in caso di rettifica o cancellazione dei dati personali o limitazione del trattamento: art. 19; diritto alla portabilità dei dati: art. 20; diritto all’opposizione: art. 21; processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione: art. 22).

²⁹ In altre parole, gli accertamenti sono effettuati per il tramite di un componente designato dal Garante. Se il trattamento non risulta conforme alle norme del Regolamento ovvero alle disposi-

In tale ipotesi, il Garante informa l'interessato di aver eseguito tutte le verifiche necessarie o di aver svolto un riesame, nonché del diritto dell'interessato di proporre ricorso giurisdizionale. Il titolare del trattamento informa l'interessato delle facoltà che gli sono riconosciute nello stesso comma 3 dell'art. 2-*undecies*.

A parte l'ipotesi della mancata convalida del decreto d'urgenza del P.M., non è esplicitamente prevista alcuna previsione di inutilizzabilità dei dati acquisiti senza il rispetto delle prescrizioni dettate per la acquisizione dei dati. Tuttavia, l'inutilizzabilità deriva dal sistema, essendo irragionevole che, per i dati acquisiti sotto la previgente disciplina in assenza dei presupposti di legge, ne era prevista l'inutilizzabilità³⁰, che invece non è espressamente dettata per l'identica fattispecie che si realizza nei procedimenti iscritti dopo l'entrata in vigore del decreto. Si può dunque plausibilmente sostenere l'esistenza di un divieto probatorio implicito all'utilizzazione di dati acquisiti senza i requisiti di legge.

6. La disciplina transitoria.

Il testo originario del decreto-legge sottoposto al Consiglio dei ministri, prevedeva all'art. 2 che "i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto possono essere utilizzati, quando l'acquisizione è stata disposta dall'autorità giudiziaria, se ricorrono i presupposti previsti dall'articolo 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall'articolo 1 del presente decreto" (art. 2, comma 1).

zioni di legge o di Regolamento, il Garante indica al titolare o al responsabile le necessarie modificazioni ed integrazioni e ne verifica l'attuazione. Se l'accertamento è stato richiesto dall'interessato, a quest'ultimo è fornito in ogni caso un riscontro circa il relativo esito, se ciò non pregiudica azioni od operazioni a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione di reati o ricorrono motivi di difesa o di sicurezza dello Stato. Gli accertamenti non sono delegabili. Quando risulta necessario in ragione della specificità della verifica, il componente designato può farsi assistere da personale specializzato tenuto al segreto su ciò di cui sono venuti a conoscenza in ordine a notizie che devono rimanere segrete. Gli atti e i documenti acquisiti sono custoditi secondo modalità tali da assicurarne la segretezza e sono conoscibili dal presidente e dai componenti del Garante e, se necessario per lo svolgimento delle funzioni dell'organo, da un numero delimitato di addetti all'Ufficio individuati dal Garante sulla base di criteri definiti dal Regolamento di cui all'articolo 156, comma 3, lett. a). Per gli accertamenti di cui al comma 3 relativi agli organismi di informazione e di sicurezza e ai dati coperti da segreto di Stato il componente designato prende visione degli atti e dei documenti rilevanti e riferisce oralmente nelle riunioni del Garante.

³⁰ L'art. 2 comma 1 del d.l., nel suo testo originario, stabiliva che "i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto possono essere utilizzati, quando l'acquisizione è stata disposta dall'autorità giudiziaria, se ricorrono i presupposti previsti dall'articolo 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall'articolo 1 del presente decreto". Tale disposizione transitoria è scomparsa nel testo del d.l. approvato dal Consiglio dei ministri.

Pertanto, era imposta al giudice, in ogni stato e grado del procedimento, una valutazione “ora per allora” sia sul rispetto dei termini di conservazione dei dati, sia sull’esistenza dei “sufficienti indizi” di un reato per il quale la legge stabilisce la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell’art. 4 c.p.p. o dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi, sia sulla “rilevanza” dell’acquisizione “ai fini della prosecuzione delle indagini”.

Ai fini della valutazione di utilizzabilità dei dati, era previsto che “nella prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto, il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza alla convalida del provvedimento di acquisizione dei dati. Nei procedimenti in cui l’azione penale non è stata esercitata, alla verifica procede, anche d’ufficio, il giudice per le indagini preliminari all’atto dell’adozione del primo provvedimento successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto che presupponga la valutazione dei dati di cui al comma 1” (art. 2, comma 2).

Ma nel testo definitivo del decreto-legge, approvato dal Consiglio dei ministri, è inopinatamente scomparsa la disposizione transitoria. Ciò comporta che le nuove disposizioni sull’acquisizione dei dati, in forza del principio del *tempus regit actum*, si applicheranno soltanto ai procedimenti penali iscritti dopo la data di entrata in vigore del decreto. Si tratta di una gravissima mutilazione alla riservatezza della vita privata dei cittadini, che lascia i provvedimenti di acquisizione dei dati personali, emessi in passato per decenni dal P.M., in contrasto con le direttive europee. Si auspica, pertanto, che in sede di conversione sia reinserita la disposizione transitoria.

7. Conclusioni.

L’intervento legislativo è certamente positivo, anche se sarebbe stato preferibile realizzare una “riserva di codice” e inserire le nuove disposizioni subito dopo gli artt. 266-271 c.p.p.

Biasimevole è anche l’aver lasciato inalterati i tempi di conservazione dei dati, così come non aver prescritto una motivazione “rafforzata” sui presupposti dell’acquisizione, in modo da evitare le consuete formule di stile ma vuote di contenuto che finora la giurisprudenza ha ammesso.

Sarebbe stato necessario pure un coordinamento tra le nuove disposizioni e l’art. 254-*bis* c.p.p., che disciplina il procedimento di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni

Soprattutto, sarebbe stata auspicabile anche un’esplicita previsione di inutilizzabilità dei dati acquisiti in difetto di una autorizzazione del giudice e di una esauriente motivazione sulla qualificazione giuridica del fatto, sulla sufficienza indiziaria e sulla rilevanza dell’acquisizione dei dati ai fini della prosecuzione delle indagini.

L'IMPROCEDIBILITÀ ALLA PROVA DELLE PRIME UDIENZE

Giorgio Spangher*

Sommario: 1. Il decreto-legge. - 2. I principi espressi dalla Grande Camera. - 3. La disciplina italiana sui tabulati. - 4. L'indirizzo giurisprudenziale italiano. - 5. Il decreto-legge. - 6. La disciplina transitoria. - 7. Conclusioni.

1. Dopo la sua prevedibile approvazione da parte del Senato, magari con un contestuale decreto-legge correttivo, la riforma dovrà affrontare le aule giudiziarie.

Anche se gli effetti della legge sono rinviati a tempi lunghi anche in considerazione dell'introdotta regime transitorio, la possibile prospettazione di alcune questioni non può essere esclusa.

Quasi sicuramente qualche avvocato chiederà che venga riconosciuta l'improcedibilità per un giudizio d'appello (di un reato *ante* 2017) in ordine al quale erano scaduti i tempi di definizione previsti dalla riforma (ancorché prorogati anche dal regime transitorio). In primo luogo, il giudice dovrebbe decidere se la norma di cui si chiede l'applicazione sia o meno conforme a costituzione in sé, al di là, cioè, di aspetti specifici (legittimazione alle proroghe; tempi ragionevolmente differenziati tra le fattispecie; regime transitorio).

2. Si tratta di una questione complessa che richiede un approfondimento ed un ragionamento piuttosto articolato.

Se c'è una notizia di reato, cioè di un fatto sussimibile in una fattispecie incriminatrice, si avvia un procedimento per verificare se quel fatto di cui alla notizia configura o meno un reato.

Qualora la notizia si configuri come un fatto non riconducibile ad una ipotesi criminosa, si procede alla cestinazione (autoarchiviazione); dal registro notizie non reato non parte nessun procedimento.

Quando per quella notizia di reato viene formulata una imputazione si sviluppa un processo teso ad accertare la presenza o meno di un reato.

* Professore Emerito di Procedura Penale - Sapienza Università di Roma.

Ogni qual volta nel corso del procedimento o del processo si accerta che quel fatto di cui alla notizia non si configura come reato, il procedimento, con i vari provvedimenti previsti dalla legge, si arresta (archiviazioni e varie decisioni in relazione alle diverse fasi e gradi).

Il dato emerge con chiarezza dall'art. 129 c.p.p.: obbligo dell'immediata declaratoria delle cause di non punibilità e soprattutto del suo secondo comma.

In alcuni casi, il legislatore pur a fronte di una notizia di reato (da verificare) richiede la presenza di un elemento aggiuntivo per poter avviare il procedimento (si pensi alle due situazioni di Salvini in relazione alla presenza o meno dell'autorizzazione a procedere).

Anche se emerse nel corso del procedimento, il riconoscimento di una condizione di procedibilità retroagisce all'origine (reato ritenuto procedibile d'ufficio; derubricazione anche in Cassazione; declaratoria di improcedibilità e travolgimento di tutto quanto si è fatto).

È vero che solo la decisione definitiva chiarisce se un fatto è o non è reato, ed infatti gli effetti della decisione intermedia sono sospesi durante il termine per impugnare e durante l'impugnazione, sia che si tratti di condanna, sia che si tratti di proscioglimento.

Diverso è il caso nel quale lo sviluppo del procedimento e del processo si imbatta nell'operatività del novellato art. 344-*bis* c.p.p.

In questo caso, il provvedimento e il processo iniziano e si avviano senza preclusioni; il giudice può decidere tutto quanto previsto dalla legge, il processo si può concludere regolarmente; come ogni altro processo.

Non saremo in presenza di un reato (come sostenuto da qualcuno), ma qualcosa ci sarà pure, se può essere applicata una misura cautelare, possono essere fatte intercettazioni, disposti sequestri e perquisizioni, decise provvisorie esecuzioni civili, confische e quant'altro.

Con la nuova previsione si stabilisce che se il giudizio d'appello o quello di cassazione non vengono definiti nei termini fissati dal legislatore il giudice deve dichiarare con sentenza l'improcedibilità (dell'azione penale!); invero più che di una improcedibilità sembrerebbe trattarsi di una improseguibilità.

Non è questa l'occasione per una digressione ed un approfondimento sugli elementi di dettaglio della norma (peraltro problematici): tempi differenziati in relazione alla gravità dei reati, nonché indifferenti a quelli delle fasi precedenti; proroghe, numero delle stesse e soggetto che le dispone; limiti alla tutela degli interessi civili; incertezza sull'operatività della previsione alle impugnazioni delle sentenze di non luogo e dell'appello della parte civile per i soli interessi civili; individuazione del termine *a quo* in caso di conversione del ricorso nonché dell'annullamento con rinvio e quant'altro previsto dalla riforma.

Considerati gli effetti della decisione deve riconoscersi che quel fatto non è né reato, né non reato, non c'è né condanna, né proscioglimento, perché la precedente decisione è comunque travolta dalla nuova. Il soggetto sottoposto a misura cautelare non avrà diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, eventualmente patita. Forse l'imputato potrà avvalersi della l. Pinto, limitatamente alla fase delle impugnazioni. Vengono meno le misure cautelari personali e reali (anche quelle a favore della vittima); nessuna decisione sul querelante; si caducono i provvedimenti civili provvisori-

riamente esecutivi. L'inammissibilità prevarrà sulla improcedibilità! Quale valore ha il materiale probatorio in un diverso procedimento?

Qualche "toppa" parziale si potrebbe porre con l'inserimento di un terzo comma dell'art. 129 c.p.p.

La questione che allora si pone riguarda il riconoscimento di una copertura costituzionale o sovranazionale alla previsione ovvero il suo contrasto con le stesse previsioni o con altre disposizioni sovraordinate.

Non è poi questa l'occasione per considerare altresì se la improcedibilità possa riguardare solo lo sfioramento dei termini di alcune fasi (come nel caso di specie, le impugnazioni) ovvero debba coinvolgere, per essere legittima, tutte le fasi del procedimento, nella previsione dei rispettivi termini di durata.

Per legittimare la scelta normativa, sembrerebbe agevole il richiamo alla durata ragionevole del processo.

La durata ragionevole è un elemento - importante - del giusto processo, ma non è l'unico, dovendosi integrare con gli altri elementi che connotano un processo equo.

Indubbiamente il tempo nel processo incide sotto vari profili (tempo delle indagini, tempo per lo svolgimento delle attività processuali; impugnazioni, misure cautelari). Si tratta di un ruolo non secondario, ma che non può non spingersi fino ad annullare completamente il diritto delle parti e della vittima, ad ottenere una decisione, nonché il diritto-dovere del giudice di pronunciarsi.

Se appare corretto ritenere che il decorso del tempo possa togliere offensività ad un fatto di reato - se il fatto non è offensivo prevale l'esclusione della sua configurabilità come del fatto di reato - può lo stesso dirsi che il tempo del processo possa togliere ogni valutazione sulla natura o meno di un fatto di reato (senza neppure una valutazione che si possa escludere che si tratti di un fatto di reato).

Se qualcosa si cerca di salvare agli effetti civili (con differenza rispetto alla prescrizione sostanziale: C. cost. n. 182 del 2021) ma è dubbio che ciò sia possibile, nulla si salva agli effetti penali.

L'esercizio della giurisdizione è una delle attività essenziali e strutturali di una società e di uno Stato che non può essere pregiudicata o addirittura azzerata da elementi che ne devono connaturare l'esercizio, sicché pur dovendosi misurare con essi in termini qualitativi e quantitativi, questi elementi non possono prevalere su di essa, ma possono essere suscettibili di rimedi compensativi, proporzionati alla lesione che si è determinata.

Anche riconoscendo che l'imputato può rinunciare all'improcedibilità, l'opzione non opera, né per il p.m., né per la parte civile, né per la persona offesa, né per il giudice.

Non sembra allora azzardato sostenere che quanto detto metta in seria discussione il principio di effettività della tutela e della stessa giurisdizione di cui anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove la durata ragionevole si configura come un elemento della stessa, unito, tuttavia, ad altre connotazioni, del pari dell'art. 111 Cost.

È vero che spetta allo Stato assicurare l'efficienza delle sue funzioni - giustizia inclusa (nonostante le riserve sull'art. 97 Cost.) - ma quale può essere - se può essere - il limite non superabile oltre il quale, cioè, anche i rimedi compensativi (riduzioni di pena e/o indennizzo) possano essere ritenuti inadeguati. (Questa parte riproduce il nostro DUBBI MOLTO RAGIONEVOLI, in giustizia insieme agosto 2021)

3. Superata l'eventuale questione di incostituzionalità (totale o parziale) si dovranno verificare i limiti di operatività della previsione anche nelle situazioni in itinere (e/o parzialmente esauritesi)

Si è soliti dire che ci si trova in presenza di norma di diritto processuale a effetto sostanziale e come tale riconducibile all'art. 2 c.p.

Seppur autorevolmente adombrata la tesi suscita qualche riserva.

Invero, fino alla riforma Cartabia il tempo del processo era governato dalla prescrizione; con la riforma Orlando questo scorrere del tempo viene interrotto ma può essere recuperato in relazione agli sviluppi processuali; con la legge n. 3 del 2019, il tempo del processo viene fermato nei suoi effetti.

La riforma cerca di risolvere questo profilo. L'accoglimento della sua operatività al di là delle questioni applicative di non secondario momento, si scontrerebbe con la precisa finalità della norma ora introdotta, ricollegata alla cessazione della prescrizione (art. 161-*bis* c.p.).

In altri termini, la norma risulta collegata ad una situazione inedita e specifica che vale a differenziarla dalla possibilità di una estensione retroattiva a situazioni diverse e comunque *in itinere*.

Un discorso differente, ma a tempi più lunghi, dovrebbe farsi in relazione agli aspetti che venissero proposti dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a reati antecedenti al 1.1.2020.

Ora, se si ritiene che questa norma tuteli il diritto dell'imputato alla ragionevole durata del giudizio di gravame (appello, cassazione, rinvio) appare problematico non estenderne l'operatività agli altri giudizi di impugnazioni. Che si tratta di garanzia per l'imputato è confermato dal fatto che l'imputato è l'unico soggetto che può rinunciarvi.

Si consideri altresì, che la previsione prescinde dagli sviluppi nei gradi precedenti; da un lato, opererà quando l'appello sarà stata proposto anche a distanza di tempo dal fatto del 2020, ma opera anche – come previsto espressamente – per un appello già proposto al momento di entrata in vigore della legge, quindi per un appello proposto anche nel 2021 (sempre per un fatto del 2020).

Non appare sorretto da ragionevolezza che tre appelli proposti lo stesso giorno, per lo stesso fatto, godano, per il solo fatto di essere antecedenti alla riforma, di un tempo di durata ragionevole differenziato.

Sarà necessario un intervento della Corte costituzionale per violazione degli artt. 3 e 111 Cost., fatta salva in questo caso l'eventuale operatività dell'art. 2 c.p. (difficile, peraltro). In tal modo si rimedierebbe anche alla criticità di processi per reati 2021 che si possono estinguere rapidamente e processi per reati antecedenti che possono scontare appelli lunghi dopo anni di indagini e in primo grado.

In ogni caso, la nuova norma concorrerebbe con il decorso della prescrizione nei termini legati alla disciplina del tempo del commesso reato e spetterebbe all'imputato, se il tempo della prescrizione fosse più favorevole, rinunciare all'improcedibilità.

LE MODIFICHE ALLA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO (ART. 131-BIS C.P.). RIFLESSIONI SPARSE

Filippo Lombardi*

Il disegno di legge delega in materia penale attualmente oggetto dell'iter di approvazione parlamentare propone importanti modifiche che toccano i settori nevralgici del sistema penale sostanziale e procedurale.

Tra questi, offuscato dal clamore mediatico suscitato dalle disposizioni in materia di prescrizione del reato e improcedibilità dei giudizi, si colloca la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p., per la quale si prevede una importante rivisitazione, che si caratterizza per la capacità di ricondurre a maggior coerenza quella microarea dell'ordinamento penale che risponde alla logica del principio di offensività.

Si riporta, per maggiore comodità e chiarezza di esposizione, il testo della norma qui di rilievo.

Articolo 1 comma 21, disegno di legge n. 2435-A - Modifiche all'art. 131-bis c.p.

*Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche al codice penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) per i **reati diversi da quelli riconducibili alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul, l'11 maggio 2011, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77, prevedere come limite all'applicabilità della disciplina dell'articolo 131-bis del codice penale, in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel **minimo a due anni**, sola o congiunta a pena pecuniaria; **ampliare conseguentemente**, se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica, il **novero delle ipotesi in cui, ai sensi del secondo comma dell'articolo 131-bis del codice penale, l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità**; b) dare **rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa.*****

È dato ormai acquisito in ossequio alla sedimentazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi nel corso degli ultimi anni, che l'art. 131-bis c.p. costituisca, dal punto di vista dogmatico, una causa di non punibilità in senso stretto¹, e assuma la funzione

* Giudice presso il Tribunale di Lagonegro.

¹ Y. PARZIALE, *La mancata concessione della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis*

di disinnescare la reazione punitiva quando il fatto, pur non essendo inoffensivo, sia caratterizzato da una offensività minima e trascurabile, in un'ottica di giusto contemperamento tra esigenze di pari rango: da un lato, l'obbligatorietà dell'azione penale e, dall'altro, interessi fondamentali quali la libertà personale, la funzione rieducativa della pena e la celerità della macchina giudiziaria².

In buona sostanza, il legislatore ha rimesso al prudente apprezzamento del giudice la verifica in merito alla offensività in concreto della condotta, così da lasciare esente da responsabilità quei fatti connotati da uno scarso disvalore.

Accanto all'istituto del reato impossibile contemplato dall'art. 49, comma 2, c.p. – teso a sottrarre da sanzione penale i fatti sguarniti di offensività – il sistema penale si è dunque arricchito di un nuovo strumento volto a deflazionare la risposta giudiziaria in relazione a tutti quei fatti che, seppure non radicalmente inoffensivi, realizzino una lesione del bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice di minima gravità³.

La norma, nel tessuto positivo vigente, è strutturata su un primo comma che detta le linee generali dell'istituto e fornisce una preliminare, sommaria, delimitazione del suo spazio operativo; un secondo comma che ne circoscrive ulteriormente, in negativo, il perimetro, escludendo da quest'ultimo alcune ipotesi criminose e alcune forme di manifestazione del reato; ulteriori tre commi con funzione eminentemente esplicativa in ordine agli *step* di computo dei quadri edittali rilevanti e di ragionamento giuridico sulla morfologia degli elementi strutturali dell'esimente.

Va subito precisato che il primo comma perimetra il novero delle ipotesi cui la norma si applica escludendo quelle punite con un "massimo edittale" che superi la soglia dei cinque anni di pena detentiva (sola o congiunta a pena pecuniaria).

Esso prevede, subito dopo, i criteri in relazione ai quali il giudice dovrà svolgere la valutazione sulla particolare tenuità del fatto: "*per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma [...]*".

Va altresì rilevato che il richiamato articolo 133 co. 1 c.p., apparentemente applicabile con solo riferimento ai nn. 1 e 2, unici segmenti normativi in grado di riferirsi univocamente alle nozioni di "modalità della condotta" e di "danno o pericolo", è in realtà ritenuto integralmente adoperabile, secondo la più accorsata opinione giurisprudenziale, anche nella parte relativa all'intensità del dolo e al grado della colpa; a tal fine, infatti, soccorrerebbe il rinvio che l'art. 131-*bis* c.p. fa, senza ulteriori specificazioni o limitazioni, all'art. 133 co. 1 c.p., norma che include l'elemento soggettivo tra gli indici valutabili⁴.

c.p. all'autore del delitto di resistenza a un pubblico ufficiale è costituzionalmente legittima, in *Cass. pen.*, 6, 2021, 2032 ss.

² Nonostante l'istituto sia animato anche dalla logica deflattiva della macchina giudiziaria, rimane allo stato non annoverata dal codice di rito la possibilità per il giudice di pronunciare sentenza ex art. 129 c.p.p. per particolare tenuità del fatto una volta ultimata l'assunzione delle prove a carico, a cagione della non inclusione delle cause di non punibilità in senso stretto tra i presupposti della immediata declaratoria di non punibilità.

³ In termini, *Cass.*, sez. VI, 9 marzo 2016 (dep. 9 maggio 2016), n. 19126, in *Giur. pen. (web)*, 2016, 7, con nota di F. LOMBARDI; nella recente dottrina, cfr. C. GENTILE, *Offensività minima e particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2021, 4, 1292 s.).

⁴ Cfr. le sentenze nn. 13681 e 13682, entrambe pronunziate dalle Sezioni unite il 25.2.2016; in

Tali premesse pongono le basi per il discostamento dell'istituto in parola dalla scia dell'offensività in senso stretto – che richiama la produzione o comunque la tipicità dell'evento dannoso o pericoloso cagionato (cfr. art. 49 co. 2 c.p.) – e per l'assunzione di un fondamento a maglie ampie, in grado di contemplare le sfumature oggettive e soggettive del fatto⁵.

Detto altrimenti, se l'atipicità del fatto per inoffensività deriva strettamente dalla impossibilità di ritenere configurato l'evento in senso giuridico, la non punibilità per particolare tenuità dell'offesa ex art. 131-bis c.p. consegue, diversamente, ad una più articolata valutazione che, compendiando le sfaccettature oggettive e soggettive del reato (da vagliare unitamente), consenta di ritenere l'intero "fatto" non meritevole di sanzione penale.

Come inciderebbero i principi e i criteri direttivi della legge delega su questo primo comma?

È qui che, a parere di chi scrive, viene proposto il *restyling* più innovativo ed apprezzabile.

Se l'art. 131-bis c.p. si fonda sulla offensività o, meglio, sul disvalore trascurabile del fatto (globalmente inteso nelle sue componenti), che rende sovrabbondante l'adozione dello strumento penale nell'ottica deflattiva e di bisogno rieducativo dell'agente, esso – in maniera non difforme dalla diffusa ermeneutica in materia di offensività – costituisce comunque una questione da valutare in concreto e non in astratto.

Pare allora ragionevole la scelta del legislatore di correggere il tiro rispetto all'attuale formulazione lessicale della norma, ancorando il parametro ostativo non al massimo ma al minimo edittale (due anni di pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria), previsto per il reato, che rappresenta una indicazione affidabile di quanto l'entità del disvalore promanante dal fatto possa volgere verso il basso a seconda delle contingenze, cioè delle concrete potenzialità esplicative del comportamento umano nella vicenda storica in cui esso si incanala.

Difatti, non può escludersi che anche un reato *astrattamente* punito con un massimo edittale importante possa *in concreto* assumere un disvalore blando e trascurabile.

In questa apprezzabile logica, il minimo edittale superiore ad una determinata soglia denota un disvalore minimo, astrattamente concretizzabile nella realtà fattuale, che il legislatore ritiene *ex se* bisognoso di punizione, e dunque sottratto alla valutazione di tenuità ai fini della esclusione della sanzione penale. Di conseguenza, per andare esente da pena, occorre in questi casi più rigorosamente dimostrare, nella logica del reato impossibile, la totale inoffensività, mentre l'esistenza dell'offesa, qua-

senso critico, A. VARVARESSOS, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati con soglie di offensività: osservazioni a Sezioni unite 13681/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, 7-8, 2842B; sulla possibilità di filtrare gli elementi oggettivi tramite il vaglio della colpevolezza, L. BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3269.

⁵ L'assunto è coerente con la rubrica della norma, che si rivolge alla "tenuità del fatto", e alla circostanza per cui, laddove l'art. 131-bis co. 1 c.p. si riferisce alla "offesa... di particolare tenuità", il termine offesa non può che essere inteso come "disvalore complessivo del fatto", essendo "l'esiguità del danno o del pericolo" (cioè l'esiguità della "offesa") soltanto uno degli elementi che l'interprete deve soppesare nell'applicazione dell'istituto.

lora ritenuta meritevole di un certo *minimum* di sanzione, sarà sottratta dall'alveo operativo dell'esimente.

Con ogni probabilità, la nota sentenza della Corte costituzionale 25 giugno 2020 (dep. 21 luglio 2020), n. 156, ha contribuito al ripensamento dei meccanismi operativi dell'istituto, dichiarando l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non sia espressamente previsto un minimo edittale di pena detentiva.

La Consulta ha infatti ritenuto applicabile la causa di non punibilità in esame ai casi in cui ad un massimo edittale superiore a cinque anni di pena detentiva faccia da contraltare un minimo edittale non previsto dalla norma, e dunque particolarmente blando, dovendosi ricorrere in via integrativa agli artt. 23 e 25 c.p., che fissano il minimo rispettivamente in quindici e cinque giorni.

Le argomentazioni profuse dal Giudice delle leggi nella sentenza richiamata svelano un monito, che si annida nei paragrafi 3.6. e 3.6.1. della motivazione in diritto, di cui si riportano i passaggi essenziali: «*In linea generale, l'opzione del legislatore di consentire l'irrogazione della pena detentiva nella misura minima assoluta rivela inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività. Rispetto a queste ultime è dunque manifestamente irragionevole l'aprioristica esclusione dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen., quale discende da un massimo edittale superiore ai cinque anni di reclusione.*

*3.6.1.- Il carattere generale dell'esimente di particolare tenuità di cui all'art. 131-bis cod. pen. impedisce a questa Corte di rinvenire nel sistema un ordine di grandezza che possa essere assunto a minimo edittale di pena detentiva sotto il quale l'esimente stessa potrebbe applicarsi comunque, a prescindere cioè dal massimo edittale. La stessa pena minima di sei mesi di reclusione, prevista per i reati menzionati dal giudice a quo come *tertia comparationis*, cioè furto, danneggiamento e truffa (artt. 624, primo comma, 635, primo comma, e 640, primo comma, cod. pen.), non è generalizzabile, neppure all'interno della categoria dei reati contro il patrimonio, ove solo si consideri la poliedricità del delitto di ricettazione. Ben potrà il legislatore, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità in tema di estensione delle cause di non punibilità, fissare un minimo relativo di portata generale, al di sotto del quale l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen. non potrebbe essere preclusa dall'entità del massimo edittale».*

La decisione sposta l'ago della bilancia, nel confronto tra il minimo e il massimo edittale quali fattori ostativi alla tenuità esimente, a favore del primo citato, ritenendosi, in estrema sintesi, che un minimo edittale significativamente basso compensi il (o possa tener luogo del) rigoroso massimo edittale astrattamente incompatibile con la causa di non punibilità.

La Riforma intende incidere sugli elementi strutturali del vigente primo comma dell'art. 131 *bis* c.p. anche sotto il profilo dei criteri di valutazione.

Attualmente, come innanzi esposto, il giudice verifica la particolare tenuità alla luce delle modalità della condotta e dell'esiguità dell'evento in senso giuridico, lette nella logica dell'art. 133, co. 1, c.p., ma non annovera la "condotta susseguente al reato", la quale viene infatti menzionata soltanto dal seguente co. 2 dell'art. 133 cit.

Orbene, l'art. 133 co. 2, c.p. conserva, ai fini della elaborazione del trattamento sanzionatorio, una funzione di valutazione prognostica sul concreto bisogno rieduca-

tivo palesato dal reo, a propria volta ancorato al pericolo di ricaduta; laddove invece il co. 1 del medesimo articolo accede prevalentemente ad una logica retributiva per la colpevolezza palesata nella commissione del fatto-reato⁶.

L'inserimento, nell'alveo dell'art. 131-*bis* c.p., della condotta successiva al fatto fornisce nuove possibili chiavi di lettura della esimente; o, plausibilmente, ne rafforza quella *ratio* che la dottrina e la giurisprudenza le hanno attribuito in sede di commento o di applicazione.

Il comportamento del reo successivo al fatto si caratterizza, ad una prima lettura, per due possibili direzioni, potendo esso esprimere tanto un indice del bisogno rieducativo, in un'ottica finalistica, quanto un indice della stessa offesa *stricto sensu*, in un'ottica riparativa.

Successivamente al commesso reato, infatti, il reo può tenere condotte che attestino un minor bisogno di rieducazione, poiché già emblematiche di una revisione critica di quanto realizzato; o può attuare comportamenti positivi tesi al ristoro per il danno cagionato, azioni che, mentre incidono sul piano dell'esigenza rieducativa, producono riverberi sugli effetti del fatto oggettivo con particolare riferimento alla riparazione del pregiudizio arrecato.

Da un lato, allora, la rimodulazione dell'art. 131-*bis* c.p. si pone in linea con quanto ritenuto dagli interpreti, che assegnano a questa causa di non punibilità la funzione di escludere, a date condizioni, la necessità di risocializzazione del reo con l'uso dell'incisivo strumento penale; dall'altro, l'innesto normativo assume una certa coerenza con lo spirito del disegno di legge, nella parte in cui mira a favorire l'implementazione degli istituti di giustizia riparativa (v. in particolare l'art. 9 co. 18 del disegno di legge delega).

È però vero anche il contrario: l'innesto normativo volto a valorizzare il comportamento successivo al fatto potrebbe, in senso opposto, svelare il concreto bisogno di trattamento sanzionatorio del reo, ricavabile, ad esempio, da atteggiamenti sprezzanti, dal rifiuto di riparare il danno, o da comportamenti che financo approfondiscono il complessivo pregiudizio arrecato alla vittima o incancreniscono i rapporti tra quest'ultima e l'autore dell'illecito⁷.

Quanto a quel segmento dell'art. 131-*bis* c.p. (attualmente il comma 2) che si occupa di definire in negativo l'ambito di applicazione della norma, esso espunge dal suo raggio d'azione l'illecito penale che si sia manifestato con certe modalità che denotino una maggiore riprovevolezza e un maggior bisogno di risocializzazione del reo (motivi abietti o futili, crudeltà - anche in danno di animali - sevizie, approfittamento della minorata difesa della vittima anche in riferimento alla sua età); che abbia sortito specifici eventi forniti *ex se* di una gravità non trascurabile e necessariamente assoggettabile a pena (morte della vittima); che si siano verificati in determinati contesti ove maggiore e più diffusivo può rivelarsi l'impulso a delinquere così come esponenziali potrebbero essere i danni cagionati (manifestazioni sportive, a condi-

⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, 490; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2011, 744 s.

⁷ Cfr. R. BORSARI, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1 lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67, in Leg. pen. (web)*, 15.03.2016.

zione che si tratti di reati puniti con pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione); che sia fornito di un certo *nomen iuris* e sia commesso contro uno specifico soggetto passivo qualificato (delitto ex art. 343 c.p.; delitti ex artt. 336, 337, 341-bis c.p., quando commessi avverso un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni)⁸.

Sull'art. 131-bis co. 2 c.p. la Riforma Cartabia propone di incidere in due modi.

Da un lato, amplia il *range* dei reati non esentabili da pena, riversandovi ipotesi criminose individuate *per relationem* col richiamo alla Convenzione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77.

Saranno dunque verosimilmente escluse dall'applicazione della causa di non punibilità fattispecie che mirano a reprimere la violenza fisica, psicologica, sessuale di genere, quella occorsa nelle mura domestiche, quella posta in essere contro una vittima che l'ordinamento considera particolarmente bisognosa di protezione o vulnerabile: si immaginino i delitti di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p. (di per sé già escludibili *pro futuro* in base al minimo edittale superiore ai due anni), gli atti persecutori ex art. 612-bis c.p., i delitti contro la sfera sessuale, quelli introdotti o ritoccati con legge n. 69 del 2019 (c.d. *Codice rosso*), nonché quelli comunque riportabili, per morfologia e finalità di tutela, nel campo di azione degli articoli 33 e seguenti della citata Convenzione.

Su altro versante, la Riforma incide, sul piano generale, introducendo una clausola di apertura che consente al Governo di ampliare il raggio escludente dell'art. 131-bis co. 2 c.p. per ragioni sistematiche o di evidenza empirico-criminologica. In altri termini, il Governo è chiamato ad aggiornare l'elenco dei fatti illeciti che, a prescindere dal quadro edittale previsto per il singolo reato, non possono mai ritenersi connotati da particolare tenuità, o sulla scorta di valutazioni criminologiche che illustrino l'ineluttabile esigenza punitiva sottratta alla valutazione dell'ermeneuta, o sulla base di riflessioni di coerenza interna del sistema, ad esempio includendo reati o circostanze irragionevolmente non ancora considerati dal divieto.

Nel riconoscere i pregi della Riforma, non possono sottacersi alcune persistenti riserve in ordine alla sussistenza, nell'attuale sistema penale, di fattispecie che, pur godendo di una capacità di estrinsecazione in linea con la blanda offensività che giustificerebbe la paralisi dell'intervento penale, godono allo stato di un trattamento sanzionatorio particolarmente severo che sfugge alle maglie di operatività della esimente.

La revisione dell'articolo 131-bis c.p. non può non implicare una seria riconsiderazione dei quadri edittali previsti per alcune figure criminose, che ragionevolmente consenta alle stesse di rientrare nel raggio di azione dell'istituto della particolare tenuità. Si consideri ad esempio il furto pluriaggravato, per il quale è prevista la pena

⁸ Frammento quest'ultimo oggetto di una pronunzia conservativa della Corte costituzionale, che ha dichiarato inammissibili e infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Torino e Torre Annunziata, con sentenza n. 30 del 2021; in dottrina, V. BOVE, *Resistenza a pubblico ufficiale ed esclusione della particolare tenuità del fatto: per la Consulta non c'è incostituzionalità*, in *Il Penalista*, 19 maggio 2021.

detentiva da tre a dieci anni ma che, nella prassi giudiziaria, spesso assume forme di allarme sociale tutt'altro che spiccato.

Né, probabilmente, appaga del tutto l'esclusione delle circostanze ad effetto comune dal novero di quelle utili al computo del quadro edittale utile all'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., atteso che esse contribuiscono in maniera decisiva alla enucleazione del complessivo disvalore del fatto.

IL CASO SHALABAJEVA TORNA ALLA RIBALTA: FU DAVVERO “SEQUESTRO DI STATO”?

Fabrizio Galluzzo*

Nel corso dell'estate è tornato agli onori della cronaca, in seguito all'esame di un'interrogazione parlamentare presentata alcuni mesi fa, il “caso Shalabajeva” la cui vicenda giudiziaria si era conclusa con una sentenza emessa dal Tribunale di Perugia nell'ottobre del 2020 (ed ancora *sub judice* in grado di appello).

Una sentenza che aveva destato immediatamente stupore sia per i soggetti coinvolti quali imputati (tra di essi Renato Cortese e Maurizio Improta, all'epoca rispettivamente capo della squadra mobile di Roma e capo dell'ufficio immigrazione di Roma) sia per i gravi reati contestati (in primis il sequestro di persona ai danni di una delle protagoniste della vicenda) per i quali gli stessi erano stati infine condannati.

Il caso, lo si ricorderà, riguardava la Signora Alma Shalabajeva, moglie del dissidente imprenditore kazako Muktar Ablyazov che (parliamo del 2013) era ricercato dal proprio Stato e da Russia ed Ucraina per una serie di reati fiscali e patrimoniali, nell'ipotesi accusatoria perpetrati per cifre assai ingenti.

In seguito ad una segnalazione pervenuta dall'ambasciata del Kazakistan, tralasciando i molti dettagli di merito che non interessano in questa sede, personale della squadra mobile di Roma e della Digos irrompeva in una villa romana dove si riteneva fosse presente il ricercato Ablyazov, mentre all'interno della stessa venivano rinvenute soltanto la moglie e la figlia, oltre ad altri parenti della donna.

La Signora Alma Shalabajeva, pur avendo a disposizione un regolare passaporto kazako che indicava il suo effettivo nome ma – come avrebbe poi riferito nel corso del suo esame – temendo di rivelare di essere la moglie di Ablyazov, mostrava un altro passaporto, rilasciato dalla Repubblica Centrafricana, dichiarando di chiamarsi, conformemente a quanto riportato nel documento, Alma Ayan.

Il passaporto, tuttavia, risultava contraffatto e, in ogni caso, la Signora era priva di permesso di soggiorno: tale carenza documentale implicava l'avvio di una procedura di espulsione ai sensi del T.U. sull'immigrazione.

Ablyazov, peraltro, non veniva rintracciato, rimanendo latitante e nessuno dei protagonisti della vicenda, se non tardivamente, quando cioè l'espulsione era già stata convalidata, invocava lo *status* di rifugiato politico del kazako, situazione soggettiva che, in effetti, non risulterà in nessun documento prodotto in processo e, anzi, come vedremo, sarà ufficialmente disconosciuta dalle nostre autorità.

* Dottore di ricerca in Diritto e Procedura penale - Sapienza Università di Roma.

La Signora Shalabajeva, che ancora nell'udienza di convalida dell'espulsione, dichiarava di essere un'altra persona, forte di quanto riportato sul passaporto africano, pur disponendo di un regolare passaporto kazako (che il suo legale, sentito come testimone in dibattimento, confermerà che esisteva ma non era stato esibito per scelta processuale), venne effettivamente rimpatriata insieme alla figlia.

Questo il quadro della vicenda visto sia nella prospettiva delle difese, sia alla luce delle risultanze che sembrano emergere dalle notizie di cronaca ma che, soprattutto, hanno trovato di recente conferma nel documento congiunto predisposto, in risposta ad un'interrogazione parlamentare risalente al mese di marzo, dai ministeri dell'Interno, della Giustizia e degli Esteri, il cui testo è stato reso noto il 6 agosto scorso.

Non è stato così per il Tribunale di Perugia che, all'esito del dibattimento, ha condannato gli imputati, tra i quali i già citati per l'importanza degli incarichi ricoperti, Cortese ed Improta, per i reati di falso ideologico e materiale ma, soprattutto, di sequestro di persona.

Secondo la ricostruzione giudiziale, in estrema sintesi, la Shalabajeva e la figlia sarebbero state sequestrate per due giorni, allo scopo di mettere pressione al ricercato Ablyazov ma con lo *status* di rifugiato politico in Italia, affinché evidentemente venisse allo scoperto.

La complessiva operazione sarebbe stata effettuata per asservimento dello Stato italiano rispetto a quello kazako e sarebbe stata realizzata anche sulla base di alcune ipotesi di falso che i protagonisti della vicenda avrebbero commesso nell'atto di redigere le loro relazioni di servizio.

La successiva espulsione della moglie sarebbe stata pertanto illegittima ed anch'essa sarebbe stata effettuata assai frettolosamente e si sarebbe risolta in un atto particolarmente grave in quanto le espulse sarebbero state rimpatriate in uno Stato che notoriamente non garantirebbe il rispetto dei diritti umani e tanto meno li avrebbe assicurati nei confronti della moglie di un dissidente.

Prima ancora di arrivare alle risposte fornite nei giorni scorsi dal nostro governo, la lettura della sentenza, non solo in chi scrive, aveva destato qualche perplessità che qui si vuole brevemente evidenziare, pur sempre nel rispetto del procedimento in corso e della conoscenza magari incompleta degli atti processuali.

Ma l'intervento del governo è stato "a gamba tesa", per usare una metafora calcistica in voga, e pertanto è ben possibile spendere qualche rapida considerazione.

Un primo dato dal quale non si può prescindere appare quella dell'innegabile insussistenza dello *status* di rifugiato politico in favore dell'Ablyazov; egli, infatti, risultava esclusivamente ricercato a livello internazionale, come da nota ufficiale (c.d. *red notice*) dell'Interpol mentre - questo lo riporta anche la sentenza, pervenendo tuttavia ad un'equazione che appare ingiustificata - aveva ottenuto tale *status* solo in Inghilterra: il che non poteva significare che vantasse automaticamente tale posizione in Italia, anzi.

In secondo luogo appare discutibile la condanna per sequestro di persona della Shalabajeva che, in assenza, come visto, della copertura della condizione di rifugiato del marito, avrebbe dovuto dimostrare di essere in possesso di un passaporto con visto di ingresso e di un permesso di soggiorno per evitare l'espulsione.

Del secondo non disponeva pacificamente; quanto al passaporto, come detto, la stessa ha continuato ad esibire un passaporto, contraffatto e presumibilmente falso (circostanza per la quale la Procura della Repubblica di Roma, che ha concesso il nulla

osta all'espulsione, ha aperto un procedimento penale a carico della donna), anziché quello, comunque di per sé insufficiente, kazako.

Ne deriva che l'espulsione appare assolutamente corretta e che il trattenimento della donna e della figlia, in tempi assolutamente conformi alla prassi, è stata dettata dalle esigenze procedurali (udienza di convalida dell'espulsione).

Tutto il contrario di un sequestro di persona, del quale dalla sentenza non è evincibile chiaramente il movente: in essa si parla di un generico asservimento del governo italiano rispetto a quello del Kazakistan, senza che dalle prove raccolte emerga in alcun modo il coinvolgimento delle alte sfere del governo che abbiano in qualche modo imposto agli imputati del caso di specie di operare in tal senso.

Né appare fondato il punto della motivazione della sentenza che critica il comportamento degli imputati che avrebbero proceduto all'espulsione (peraltro ognuno secondo le proprie competenze: come può rispondere della procedura di espulsione, ad esempio, il capo della squadra mobile?), pur consapevoli che le espulse sarebbero state consegnate ad un paese rispetto al quale non sarebbe stato verificato se fosse "una nazione completamente immune da sospetti in materia di rispetto dei diritti umani".

Basti rilevare, infatti, che il Kazakistan appartiene alla rete dei Paesi Interpol e che, come riportato contraddittoriamente dalla stessa sentenza, dal 2015 l'Italia è legata al Paese stesso da un trattato di cooperazione internazionale e assistenza giudiziaria.

Le perplessità che aveva suscitato la sentenza in esame sono state di recente fugate, in senso indubitabilmente favorevole alle difese, con il citato documento congiunto dei Ministeri, a firma del sottosegretario agli Interni Nicola Molteni, che a chiare lettere ha affermato che Ablyazov non era un rifugiato politico ma era ricercato da tre paesi, come da indicazione dell'Interpol di Astana pervenuta in Italia; che di conseguenza la moglie e la figlia non potevano beneficiare di uno *status* insussistente e, peraltro, erano privi di permessi validi per restare in Italia.

L'indipendenza della magistratura dall'attività di governo potrà condurre ad un risultato processuale divergente da queste conferme esterne rispetto all'ipotesi assolutoria.

Vero è che i contenuti del documento, che per larghi passaggi fa riferimento a risultanze processuali non valorizzate in primo grado, sembrano rimuovere alcuni dubbi che la lettura della sentenza di primo grado già suscitava.

LA CONSULTA SI PRONUNCIA SUL CD. INCIDENTE PROBATORIO “SPECIALE”: RICOSTRUZIONE DELL’ISTITUTO E CONSIDERAZIONI FINALI

Valentina Rossi*

Sommario: **1.** Forme di contraddittorio attenuato e tutelato nell’assunzione della prova. – **2.** Le questioni sollevate dal Gip del Tribunale di Macerata nell’ordinanza di rimessione n. 98 del 18 febbraio 2020. – **3.** La risposta della Consulta: ammissibilità della questione di legittimità sollevata, alla luce dell’assenza di discrezionalità del giudice in ordine all’accoglimento della richiesta di incidente probatorio “speciale” e... – **4.** ...infondatezza per mancato contrasto all’art. 3 Cost. – **5.** La natura “eccezionale” dell’incidente probatorio “speciale”. – **6.** Riflessioni finali.

Abstract

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 14 del 2021, si è pronunciata nuovamente sull’incidente probatorio “speciale” di cui all’art. 392, comma 1-bis, c.p.p., dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Macerata che, con ordinanza di rimessione, in riferimento alle norme parametro di cui agli artt. 3 e 111 Cost., aveva investito la norma “nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l’assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minorenni che non sia anche persona offesa dal reato”. Nel solco di una disciplina normativa che ha delineato, ai fini dell’assunzione della prova, un modello di contraddittorio attenuato e tutelato a favore delle vittime di talune fattispecie di reato e soggetti vulnerabili, sia in sede di incidente probatorio, come previsto dall’art. 398, commi 5-bis, 5-ter e 5-quater c.p.p., sia nello sbocco dibattimentale di cui agli artt. 472, comma 3-bis e 498, commi 4-ter e 4-quater del codice di rito, l’incidente probatorio “speciale” di cui all’art. 392, comma 1-bis, c.p.p., pone non poche problematiche, oggetto di rimessione, sulle quali la sentenza in esame si è pronunciata. Va dapprima rilevato che la Consulta si è espressa sulla irragionevolezza, manifestata dal giudice a quo, di una liberalizzazione dell’accesso all’assunzione della prova ove debba essere acquisita la testimonianza di un minore nel catalogo di reati ivi espressi, affermando, per l’istituto di cui art. 392 comma 1-bis c.p.p., il principio di presunzione di indifferibilità o non ripetibilità dell’apporto testimoniale, a tutela della salvaguardia della personalità del minore e della genuinità della formazione della prova. Conclude la Corte Costituzionale ribadendo la natura eccezionale dell’istituto contemplato nella disposizione censurata, da considerarsi quale deroga al principio di immediatezza della prova che si pone, tuttavia, in un equo temperamento tra l’esigenza di preservare la libertà e dignità del testimone minorenni e quella di tutelare le garanzie difensive dell’indagato/imputa-

* Giudice penale presso il Tribunale di Potenza.

to attraverso la modalità di documentazione integrale delle dichiarazioni testimoniali rese, di cui all'art. 398 comma 5-bis c.p.p. e la possibilità, per il giudice, di fare utilizzo di un contraddittorio pieno, ai sensi dell'art. 498 comma 4 c.p.p. Permangono, tuttavia, talune problematiche alla stregua della intera disciplina normativa del contraddittorio attenuato e tutelato, con riferimento, in particolare, all'esame del testimone minore.

The Constitutional Court, with sentence 14 of 2021, ruled again on the "special" probative incident referred to in art. 392, paragraph 1-bis, c.p.p., declaring unfounded the question of constitutional legitimacy raised by the Judge for the preliminary investigations of the Court of Macerata which, with a referral order, with reference to the parameter rules referred to in art. 3 and 111 of the Constitution, had invested the provision "in the part in which it provides that, in the proceedings for the crimes indicated therein, the assumption of testimony in the context of a probative incident, requested by the public prosecutor or by the person offended by the crime, must concern the minor person who is not also a person offended by the crime". In the wake of a regulatory framework that has outlined, for the purposes of taking evidence, a mitigated and protected cross-examination model in favor of the victims of certain types of crime and vulnerable subjects, both in the context of probative incidents, as provided for by art. 398, paragraphs 5-bis, 5-ter and 5-quater of the Italian Criminal Code, and in the context of the trial as per articles 472, paragraphs 3-bis and 498, paragraphs 4-ter and 4-quater of the ritual code, the "special" probative incident referred to in art. 392, paragraph 1-bis, c.p.p., raises not a few problems, subject to remittance, on which the sentence in question has pronounced. It should first be noted that the Council expressed its opinion on the unreasonableness, manifested by the referring court, of a liberalization of access to the taking of evidence where the testimony of a minor must be acquired in the catalog of crimes expressed therein, stating, for the institute referred to in art. 392 paragraph 1-bis of the Criminal Code, the principle of presumption of non-postponement or non-repeatability of the testimony, to protect the protection of the minor's personality and the genuineness of the evidence. The Constitutional Court concludes by reiterating the exceptional nature of the institution contemplated in the contested provision, to be considered as an exception to the principle of immediacy of the proof which arises, however, in a fair balance between the need to preserve the freedom and dignity of the minor witness and that of protecting the defensive guarantees of the suspect/accused person through the method of full documentation of the witness statements made, pursuant to art. 398 paragraph 5-bis c.p.p. and the possibility, for the judge, to make use of a full contradiction, pursuant to art. 498 paragraph 4 c.p.p. However, some problems remain, in the same way as the entire regulatory framework of the mitigated and protected cross-examination, with reference, in particular, to the examination of the minor witness.

1. Forme di contraddittorio attenuato e tutelato nell'assunzione della prova.

Nel d.lgs. 212\2016 è definito lo statuto speciale della testimonianza della vittima vulnerabile laddove viene delineata una disciplina privilegiata per l'assunzione della testimonianza della persona offesa vulnerabile a partire dalla fase delle indagini preliminari, ove la raccolta della deposizione si avvale della mediazione di uno psicologo, per passare al contraddittorio incidentale sino allo sbocco dibattimentale, ove l'audizione ha carattere residuale.

Tale disciplina è andata ben oltre l'onere di indicazione della necessità di un accertamento in concreto della vulnerabilità per ogni vittima, richiesto dalla normativa comunitaria (art. 22 e ss. Direttiva 2012/29/UE), prevedendo, in concreto, un'estesa

zona di “vulnerabilità presunta” comprensiva delle vittime di tutti i reati indicati dagli artt. 351 comma 1-ter e 392 comma 1-bis c.p.p.¹, i quali, se minori, possono essere sentiti in contraddittorio incidentale e con modalità protette, anche se non rivestono la qualità di vittima.

Alla categoria dei “vulnerabili presunti” si affianca quella della “vulnerabilità atipica”², riferita alla condizione di debolezza relazionale delle vittime di reati secondo i parametri di cui all’art. 90-*quater* c.p.p. (età, stato di infermità, stato di deficienza psichica, tipologia di reato e sua valenza traumatizzante, modalità e circostanze del fatto), la cui valutazione, eventualmente già ritenuta sussistente nel corso dell’audizione unilaterale, deve essere, in ogni caso, ripetuta, ove venga richiesto ed ammesso l’incidente probatorio.

In tal sede, e, in particolare, nel contraddittorio cartolare di cui all’art. 396 c.p.p., l’interesse al riconoscimento della vulnerabilità appare, a sua volta, *prima facie*, un *vulnus*, in quanto potrà essere fatto valere direttamente dal pubblico ministero, e, solo indirettamente, dalla persona offesa, attraverso la mediazione del pubblico ministero.

Con l’utilizzo di uno statuto speciale, la persona offesa vulnerabile viene sottoposta ad una anticipazione dell’audizione in sede incidentale con l’ausilio di modalità protette, a tutela, da un lato, dello stato del dichiarante, e, dall’altro, della stessa genuinità della prova³, contemplando la normativa di riferimento un ambiente tutelante e le modalità adeguate di cui al comma 5-*bis* dell’art. 398 c.p.p. e dell’art. 498 comma 4-*ter* c.p.p. (audizione incidentale anche fuori dal Tribunale e, anche in sede dibattimentale, uso del vetro specchio e dell’impianto citofonico), secondo l’ampia discrezionalità del giudice (*a tal riguardo Cass., sez. III, 8 gennaio 2009, n. 7141*).

Quanto appena delineato è da considerarsi un contraddittorio “attenuato”⁴ ove l’esame è condotto attraverso il filtro del giudice e di un tecnico/psicologo e le parti possono formulare domande mediate dall’Autorità giudiziaria o dal tecnico, con la richiesta di chiarimenti.

¹ Come motivato nella sentenza in oggetto.

² V., *ex multis*, Cass., sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315 e Cass., sez. III, 25 settembre 2000, n. 11537.

³ A tal riguardo Cass., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996.

⁴ A tal riguardo la Corte di legittimità ha chiarito che «nel caso di esame protetto di minori nelle forme dell’incidente probatorio (art. 398 comma 5-bis) non ricorre alcuna ipotesi di nullità ove sia il giudice a condurre direttamente l’assunzione della prova testimoniale, in quanto l’esperto in psicologia infantile, eventualmente nominato ai sensi dell’art. 498 comma 4 c.p.p., ha solo la funzione di assistere il giudice fornendo sostegno psicologico al minore ovvero di indicare le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande» (Cass., sez. III, 15 febbraio 2008, n. 11130, G., C.E.D. Cass., n. 239003). Inoltre, la Corte è giunta a ritenere legittima anche la testimonianza in forma scritta (con domande orali e risposte scritte) quando questa modalità appare necessaria per tutelare la fragile psicologia del teste e la genuinità della deposizione (Cass., sez. III, 25 maggio 2004, n. 33180, I., C.E.D. Cass., n. 229157: in motiv., si afferma che tale forma non costituisce violazione del principio del contraddittorio – in quanto non impedisce alle parti presenti di rivolgere domande o fare contestazioni –, né violazione del principio dell’oralità, in quanto non si tratta di prova preconstituita fuori dal processo ma formata in contraddittorio tra le parti, come per le deposizioni del sordo o del sordomuto).

Appare meritevole di considerazione la circostanza che, per la sola tipologia di vittime vulnerabili di cui all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., la testimonianza in contraddittorio incidentale in modalità protetta è attivata d'ufficio, laddove è invece attivata ad impulso di parte per ogni ulteriore categoria residuale.

Ciò si riverbera, inevitabilmente, sulle prerogative difensive dell'indagato/imputato che appaiono in tale ipotesi attenuate a causa della rinuncia all'oralità, che, tuttavia, è controbilanciata dalla integrale documentazione dell'audizione attraverso riproduzione fonografica o audiovisiva, che garantisce una non alterazione della testimonianza, la quale, nel corso dell'intero *iter* procedimentale, rileverà nella sua complessità, verbale e extraverbale, e, dunque, in termini di maggiore affidabilità.

2. Le questioni sollevate dal Gip del Tribunale di Macerata nell'ordinanza di rimessione n. 98 del 18 febbraio 2020.

Con ordinanza di rimessione n. 98 del 18 febbraio 2020, il Gip presso il Tribunale di Macerata ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 111 Cost., assumendo quale irragionevole la necessaria audizione anticipata del minore testimone che non sia anche persona offesa dal reato, alla luce del suo automatismo, in assenza di una valutazione in concreto della specificità del caso, della prevedibilità o meno delle conseguenze traumatiche della deposizione e anche della circostanza che la memoria del teste “si perda nei tempi ordinariamente necessari per la istruttoria dibattimentale”.

A parere del giudice *a quo*, non potrebbe essere invocata la ratio di impedire la cd. “vittimizzazione secondaria” del dichiarante, rischio che potrebbe essere invece evitato dall'escussione anticipata del teste minorenni sulla base dei presupposti di cui all'art. 392 comma 1 lettere a) e b) c.p.p. (incidente probatorio ordinario).

L'accesso privilegiato all'incidente probatorio, così come delineato dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., avrebbe determinato, a parere del Gip di Macerata, un particolare contraddittorio, da intendersi nel suo corollario dell'immediatezza, che non sarebbe salvaguardato in modo adeguato dalla documentazione integrale mediante riproduzione fonografica o audiovisiva dell'escussione, non potendo la stessa sostituire la percezione diretta dell'esame testimoniale.

3. La risposta della Consulta: ammissibilità della questione di legittimità sollevata, alla luce dell'assenza di discrezionalità del giudice in ordine all'accoglimento della richiesta di incidente probatorio “speciale” e....

Entrambe le questioni sollevate dal giudice *a quo* sono state superate dalla Corte costituzionale attraverso i passaggi motivazionali della sentenza in oggetto che ora si diranno, con la premessa che la norma oggetto di censura costituzionale è stata introdotta quale risposta agli stimoli provenienti dalla normativa comunitaria⁵, la quale

⁵ A tal riguardo, la decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, poi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE che istituisce nor-

richiedeva agli Stati membri forme di tutela nel corso dell'audizione del testimone minore e della persona offesa di talune tipologie di reati lesivi della libertà sessuale o di autodeterminazione, dell'integrità fisica e della personalità dell'individuo.

Ne è derivata, pertanto, l'introduzione nel codice di rito, attraverso la l. 15 febbraio 1996 n. 66, della ipotesi contemplata dall'art. 392 comma 1-*bis*, poi sottoposto a successive modifiche estensive, quali, a titolo esemplificativo, la l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote e il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, di attuazione della direttiva 2012/29/UE, il quale ha infine esteso l'ambito di applicazione della norma all'audizione della vittima vulnerabile, anche in assenza del novero dei reati menzionati.

Di conseguenza, ove l'assunzione della testimonianza del minore, anche non persona offesa dal reato, e della vittima, anche maggiorenne, riguardi taluni delitti lesivi della libertà sessuale o di autodeterminazione, dell'integrità fisica e della personalità dell'individuo, il giudice non è vincolato all'accertamento del presupposto della non rinviabilità di cui all'art. 392 comma 1 c.p.p.

Quanto all'ammissibilità della questione di legittimità sollevata, la Consulta, richiamando la sentenza n. 34091 del 26 luglio 2019 emessa dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, che ha considerato *abnorme*⁶ l'ordinanza del Gip che rigetti l'istanza di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. all'esito di valutazioni di opportunità, ha fatto proprio quell'orientamento che ritiene che il giudice, al quale sia presentata la richiesta di incidente probatorio "speciale", dovrebbe limitarsi alla sola valutazione dei presupposti di ammissibilità della stessa, e, dunque, la provenienza da un soggetto legittimato, la circostanza che si proceda per uno dei reati elencati dalla disposizione e che la persona di cui debba essere acquisita la testimonianza sia minorenni o sia persona offesa dal reato, con ciò limitando, da un lato, le valutazioni del giudice alla sola verifica dei presupposti legittimanti, e, dall'altro, sollevando l'istante dall'onere di specificare le circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento.

L'assenza di discrezionalità in capo al giudice comporta, pertanto, l'ammissibilità della questione di legittimità sollevata.

me minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato; e, ancora, la direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Analogamente, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011. Unitamente a tali accordi, risultano esservi numerose raccomandazioni e atti di "*soft law*", tra cui le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri il 17 novembre 2010, e le Linee guida delle Nazioni Unite sulla giustizia nelle cause che coinvolgono minori vittime e testimoni di reato (Risoluzione 2005/20 del Consiglio economico e sociale del 2005).

⁶ Cass., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572; analogamente, Cass., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091. In senso contrario, *ex multis*, Cass., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996.

4. ...infondatezza per mancato contrasto all'art. 3 Cost.

La sentenza della Corte costituzionale ha, pertanto, ritenuto legittima la configurabilità di una “presunzione di indifferibilità e di non rinviabilità”⁷ laddove sussistano, come nel caso di cui all'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., esigenze costituzionali di salvaguardia del minore che si trovi in una “condizione di vulnerabilità” o alla stregua dei reati sui quali lo stesso dovrebbe deporre e ciò sulla base di dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell’*“id quod plerumque accidit”*⁸.

Di conseguenza, non appare irragionevole, e, dunque, in contrasto all'art. 3 Cost., l'equiparazione legislativa tra il minorente testimone e la persona offesa dal reato, quanto all'assunzione anticipata della prova testimoniale di cui alla norma censurata, in quanto ciò si giustificerebbe in quella vulnerabilità, che, secondo la sentenza della Consulta, contraddistinguerebbe il primo soggetto, purché si proceda per i reati ivi tassativamente indicati.

Ebbene, le finalità della norma in oggetto censurata sarebbero, a parere della Consulta, sia di natura processuale, ossia la garanzia della genuinità della prova che potrebbe essere pregiudicata dalla pubblicità del dibattimento, offuscante il ricordo del minore, in un momento comunque lontano rispetto al verificarsi dei fatti, sia di natura extra-processuale, vale a dire l'esigenza di salvaguardare la dignità del minore da eventuali traumatismi⁹ derivati dalla sua attiva partecipazione in un contesto processuale, esigenza che ne imporrebbe una sua “rapida fuoriuscita” dal procedimento penale ove vengano trattati delitti lesivi della sfera sessuale, espressamente elencati, in quanto idonei a determinare una più intensa necessità di protezione.

5. La natura “eccezionale” dell'incidente probatorio “speciale”.

Il percorso argomentativo della sentenza in oggetto si conclude con una riflessione in merito alla natura “eccezionale” dell'istituto dell'incidente probatorio “speciale” poiché in deroga al principio di immediatezza¹⁰, che presuppone l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide, e che si pone nell'ottica di un accesso anticipato all'assunzione della prova e dell'utilizzo di tecniche di esame più specifiche al caso di specie, funzionali a garantire un equo bilanciamento tra la salvaguardia del minore coinvolto, la genuinità della prova e le garanzie difensive dell'indagato/imputato.

⁷ In dottrina, L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., 176 ss.

⁸ V., *ex multis*, Corte cost., 11 gennaio 2021, n. 1, che ha ritenuto infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24, comma 3, Cost., la questione di legittimità dell'art. 76, comma 4-ter, del d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui determina l'automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona offesa dai reati di cui agli artt. 572, 583-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p.; sull'art. 4-*bis* ord. penit., Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253; in materia sanzionatoria, Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 268; con riguardo alle presunzioni in materia cautelare, tra le altre, Corte cost., 25 maggio 2010, n. 265.

⁹ V., *ex multis*, Cass., Sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315.

¹⁰ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132.

Quell'assenza di discrezionalità in capo al giudice sull'accoglimento o rigetto della richiesta di incidente probatorio, è compensata dalla disposizione di cui al comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p., che rimette al giudice la possibilità di scegliere luogo, tempo e modalità particolare attraverso cui procedere all'incidente probatorio, con ciò potendo lo stesso optare tra un contraddittorio pieno, con facoltà per il pubblico ministero e per il difensore di porre domande dirette al minore, ove il giudice ritenga che tale esame diretto non possa nuocere alla serenità del teste, e l'utilizzo di modalità protette, anche sulla base delle particolari condizioni in cui versa il minore e l'eventuale sensibilità dei fatti accaduti.

L'assenza di una percezione diretta della prova, è ritenuta dalla Corte Costituzionale, nella sentenza in commento, attenuata dalla necessaria documentazione integrale attraverso la registrazione «fonografica o audiovisiva» dell'esame, prevista dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., sebbene la mancanza di una previsione di inutilizzabilità potrebbe indebolire tale garanzia¹¹.

6. Riflessioni finali.

Alla stregua di quanto argomentato, si impongono talune brevi riflessioni finali.

Attraverso la sentenza in oggetto, la Consulta ha ritenuto la non irragionevolezza dell'assunzione anticipata della prova dichiarativa resa dal teste minore non anche persona offesa dal reato ribadendo, da un lato, la natura eccezionale dell'istituto di cui all'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., in deroga al principio della immediatezza della prova e, dall'altro, un giusto contemperamento tra protezione del dichiarante e genuinità della prova a tutela dell'indagato/imputato.

Tuttavia, l'aver attribuito analoga condizione di vulnerabilità alla vittima del reato e al teste minore non persona offesa sulla base della sola circostanza che entrambi possano essere chiamati a rendere dichiarazioni su fatti legati all'intima sfera personale o alle violenze subite o alle quali si è assistito, ancora l'utilizzo dell'istituto in esame a tassative tipologie di reato ove risiederebbe una vulnerabilità *in re ipsa*, prescindendo ciò da valutazioni più generali sulla particolare psiche del minore e sulla sua personalità.

L'istituto in esame appare, pertanto, limitato ad una scelta puramente casistica di delitti¹², peraltro non esaustivi della complessa materia ove sono in gioco beni di rilevanza costituzionale, e, semmai, frutto di politiche legislative fornite in risposta a situazioni emergenziali via via manifestatesi nel corso degli anni.

Un equo bilanciamento tra esigenze di protezione del minore testimone non persona offesa del reato e tutela della genuinità della prova a favore dell'indagato/imputato potrà, di fatto, essere garantito laddove il ricorso a particolari cautele nell'audizione, quali, a titolo esemplificativo, l'ausilio di un tecnico psicologo¹³, sia pre-

¹¹ Tuttavia, in caso di inosservanza di documentazione fonografica o audiovisiva, la Corte di legittimità non ha rilevato l'esistenza di alcuna causa di nullità o inutilizzabilità, potendo, la carente documentazione, "semmai comportare un ostacolo al necessario controllo, cui è appunto finalizzata l'adozione di detta particolare documentazione, circa l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese" (Cass., sez. III, 9 luglio 2008, n. 32580, xy, C.E.D. Cass., n. 240746).

¹² V. S. SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 151 ss.

¹³ V., *ex multis*, Cass., sez. 3 n. 3651 del 10/12/2013, dep. 2014, C.E.D.

visto a pena di inutilizzabilità¹⁴ della relativa prova dichiarativa e l'orientamento, costituzionalmente conforme¹⁵, della discrezionalità del giudice sul ricorso alle modalità particolari e protette di cui all'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p., trovi espressa previsione normativa e valorizzazione nella disciplina dell'istituto dell'incidente probatorio “speciale”, anche al fine di compensare l'assenza di discrezionalità sull'accoglimento o rigetto dell'istanza di incidente probatorio.

¹⁴ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., 130.

¹⁵ [INSERIRE TESTO NOTA]

ILLEGITTIMA LA REVOCA DELLE PRESTAZIONI ASSISTENZIALI PER I CONDANNATI PER GRAVI REATI CHE SCONTINO LA PENA IN REGIME ALTERNATIVO AL CARCERE

Maria Brucale*

Abstract

Anche il condannato per gravissimi reati che espia la pena in regime alternativo al carcere, ha diritto a prestazioni assistenziali ove versi in condizioni di indigenza. Il diritto all'assistenza per chi necessita dei mezzi per sopravvivere deve essere comunque garantito a ciascun individuo, pur se colpevole di determinati crimini.

Even the convicted of very serious crimes who serves the sentence in an alternative regime to prison, has the right to welfare benefits if he is in conditions of need. The right to assistance for those who need the means to survive must in any case be guaranteed to each individual, even if guilty of certain crimes.

Con ricorso proposto ex art. 442 e ss. c.p.c. al Tribunale civile di Roma - Sezione Lavoro, il difensore di M.F., detenuto ai domiciliari, già collaboratore di giustizia e ammesso ai benefici scaturenti dalla l. n. 45 del 2001 nonché all'applicazione delle circostanze attenuanti di cui all'art. 8 del d.l. n. 152/1991, si doleva della revoca del trattamento pensionistico a decorrere dal 1° marzo 2017, secondo quanto disposto dall'art. 2, commi 58/63 della Legge n. 92/2012, poiché il beneficiario aveva riportato condanne per reati di cui all'art. 2, comma 58 della predetta legge, ostantive alla prosecuzione del trattamento pensionistico.

Nel gravame il difensore chiedeva in via principale al Tribunale di disapplicare l'art. 2, co. 58 della legge n. 92/2012 o di darne un'interpretazione conforme ai precetti costituzionali e, ove ciò non risultasse coerente al dettato normativo, di rimettere alla Corte Costituzionale il giudizio sulla legittimità dell'art. 2, co. 58 della l. n. 92/2012 per:

- contrasto con l'art. 25 Cost: la revoca delle prestazioni previdenziali nei confronti dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012 contrasterebbe con il principio di irretroattività

* Avv. Stefano Talarico del Foro di Roma.

della legge penale ex art. 25 Cost., dovendo essere riconosciuta alla revoca, in base a una lettura sostanzialistica, natura di sanzione penale.

- contrasto con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui estende anche ai collaboratori di giustizia, che pure abbiano commesso taluno dei delitti indicati nella norma, la revoca del trattamento assistenziale dell'assegno sociale;

- contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui estende la revoca del trattamento assistenziale dell'assegno sociale a soggetti che, pur avendo commesso taluno dei delitti indicati nella norma, siano inabili al lavoro e non possano permettersi di provvedere autonomamente al proprio sostentamento, trovandosi a scontare la pena in regime di detenzione domiciliare.

Nel merito si contestava:

a) in riferimento all'art. 25 Cost., la revoca delle prestazioni rappresenterebbe certamente una sanzione accessoria alla condanna penale.

Sarebbe evidente, infatti, la natura afflittiva della revoca, anche in termini di sacrificio che il condannato è tenuto a sopportare, privando lo stesso, in assenza di altre forme di assistenza, dei mezzi di sussistenza e di mantenimento. La sanzione in oggetto, inoltre, non avrebbe alcuna attinenza o connessione con il reato o i reati commessi, con la conseguenza che la privazione imposta al reo risponderebbe a una finalità di carattere puramente punitivo e non preventivo.

Riconosciuta la natura penale alla sanzione accessoria della revoca delle prestazioni assistenziali, pertanto, troverebbe necessariamente applicazione il principio d'irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che si applica anche alle pene accessorie (si richiama la sentenza della Corte di cassazione, sezione quarta penale, 23 novembre 2010-27 dicembre, n. 45355). Principio che, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza della grande camera 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi, è comunque applicabile anche alle sanzioni amministrative riconducibili a una sfera *lato sensu* penale (sono richiamate le sentenze di questa Corte n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010).

b) La violazione dell'art. 3 Cost. derivante dall'applicabilità dell'art. 2, co. 58 della legge 92/2012 a soggetti che, come F., rivestivano la qualità di collaboratore di giustizia e che avevano goduto dell'applicazione delle circostanze attenuanti di cui all'art. 8 del d.l. n. 152/1991 avendo offerto un aiuto all'attività investigativa dello Stato giudicato utile e rilevante. Si trattava, in sostanza, di verificare se la revoca del trattamento pensionistico e assistenziale disposto dalla legge fosse giustificata anche nei confronti di quei soggetti che, pur avendo riportato una delle condanne per reati di particolare gravità, avessero tuttavia collaborato con le Autorità inquirenti per la raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati. In definitiva, si richiedeva di valutare se fosse ragionevole che il giudizio di disvalore sociale verso gli autori dei suddetti reati, sotteso alla norma in questione nel privare gli stessi del trattamento pensionistico e assistenziale, andasse a colpire anche coloro che (come il ricorrente) avessero fattivamente e con successo collaborato con le Autorità per finalità di giustizia.

L'applicazione orizzontale della norma anche ai collaboratori di giustizia non appariva, in vero, aderente al dettato costituzionale, sotto due distinti ma convergenti profili: in primo luogo, perché il giudizio di disvalore rispetto al collaboratore non può essere identico a quello verso il mero autore del reato "ostativo", proprio in virtù

dell'ausilio dato dal primo alle Autorità inquirenti; in secondo luogo, perché la figura del collaboratore di giustizia è vista con favore dallo Stato che, attraverso la legislazione speciale sulla materia, ha inteso incentivare il proliferare di tale figura mediante il riconoscimento di sostegni economici e premiali che, invece, la legge intenderebbe escludere mantenendo un giudizio di indegnità anche a carico di coloro che con condotte specifiche di supporto all'attività investigativa dello Stato hanno marcato con forza la propria presa di distanza da qualsivoglia consesso sodale. Essendo proprio una legge dello Stato (la n. 45 del 2001) a prevedere l'erogazione di provvidenze economiche nei confronti del collaboratore di giustizia, sosteneva il ricorrente, non avrebbe senso né logico né giuridico che il trattamento assistenziale sia revocato nei confronti del medesimo soggetto sul presupposto che questi non sia meritevole di assistenza per aver commesso taluno dei reati elencati nella norma. Sotto tale profilo, quindi, l'art. 2, comma 58 della legge n. 92/2012 non può trovare applicazione nei confronti della categoria dei collaboratori di giustizia, poiché irragionevolmente perverrebbe a parificare sotto la medesima sanzione afflittiva soggetti ontologicamente diversi violando l'art. 3 della Costituzione.

Basti ricordare che l'art. 6 della legge n. 45 del 2001 (Modifiche della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza), ai commi 5 e 6, prevede che: "Se, ricorrendone le condizioni, la commissione centrale delibera la applicazione delle misure di protezione mediante la definizione di uno speciale programma, questo è formulato secondo criteri che tengono specifico conto delle situazioni concretamente prospettate e può comprendere, oltre alle misure richiamate nel comma 4, il trasferimento delle persone non detenute in luoghi protetti, speciali modalità di tenuta della documentazione e delle comunicazioni al servizio informatico, misure di assistenza personale ed economica, cambiamento delle generalità a norma del decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119, e successive modificazioni, misure atte a favorire il reinserimento sociale del collaboratore e delle altre persone sottoposte a protezione oltre che misure straordinari ed eventualmente necessarie. 6. Le misure di assistenza economica indicate nel comma 5 comprendono, in specie, sempreché a tutte o ad alcune non possa direttamente provvedere il soggetto sottoposto al programma di protezione, la sistemazione alloggiativa e le spese per i trasferimenti, le spese per esigenze sanitarie quando non sia possibile avvalersi delle strutture pubbliche ordinarie, l'assistenza legale e l'assegno di mantenimento nel caso di impossibilità di svolgere attività lavorativa. La misura dell'assegno di mantenimento e delle integrazioni per le persone a carico prive di capacità lavorativa è definita dalla commissione centrale e non può superare un ammontare di cinque volte l'assegno sociale di cui all'articolo 3, commi 6 e 7, della legge 8 agosto 1995, n. 335".

c) La violazione dell'art. 38 Cost. derivante dall'applicabilità dell'art. 2, co. 58/63 l. 92/2012 nel caso in cui il titolare dell'assegno sociale (misura assistenziale che, per definizione, è diretta a chi si trovi in condizioni economiche disagiate) stia scontando la pena in detenzione domiciliare e non sia in grado di provvedere al proprio sostentamento.

La norma della legge n. 92/2012 deve necessariamente essere letta alla luce del parametro costituzionale di riferimento, l'art. 38, il cui primo comma sancisce il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale riconosciuto a tutti i cittadini inabili al lavoro e privi dei mezzi per vivere. I requisiti, dunque, per poter godere del diritto all'assi-

stenza sociale sono la cittadinanza; l'incapacità al lavoro intesa in senso ampio come incapacità di procurarsi autonomamente i beni indispensabili per vivere; e, infine, la mancanza di ulteriori fonti di reddito o beni per far fronte alle esigenze della vita. Il primo comma, inoltre, fissa, assai genericamente, dei parametri per determinare l'entità della prestazione sociale da corrispondere in tali casi: si tratta pur sempre di un 'minimo vitale': tale prestazione consiste, cioè, nella somministrazione di mezzi sufficienti alla sussistenza. Nel caso che ci occupa, i requisiti per accedere all'assistenza devono essere interpretati anche alla luce della situazione soggettiva del ricorrente, collaboratore di giustizia su fatti-reato di particolare gravità, tra cui l'associazione mafiosa, e soggetto settantacinquenne in detenzione domiciliare per gravi problemi di salute, pertanto inabile al lavoro. Inoltre, in conseguenza della sua collaborazione con la giustizia, egli aveva interrotto tutti i rapporti che lo legavano alla famiglia di origine ed al contesto socio-economico che gli era proprio prima della condanna. Rientrava, dunque, a pieno titolo nella categoria di persone che il precetto costituzionale intende tutelare. Trattandosi di un'assistenza tesa ad assicurare il minimo vitale necessario per la sussistenza, il diritto a tale tipo di prestazione è garantito dall'art. 38 a tutti i cittadini, senza distinzione di sorta e, per quel che qui rileva, senza distinzione tra incensurati o pregiudicati. Non esiste nel testo costituzionale alcuna eccezione al principio, proprio perché si tratta di una misura assistenziale minima ed ineliminabile.

Sicché, in conclusione, l'art. 2, comma 58 della Legge n. 92/2012 si poneva in contrasto con gli artt. 3 e 38 della Costituzione, a meno che non se ne offrisse un'interpretazione conforme al dettato costituzionale, nel senso di ritenerlo non applicabile al caso di un soggetto che, come il ricorrente, ancorché condannato per uno dei delitti ostativi ivi previsti, debba scontare la pena in regime di detenzione domiciliare, non potendo provvedere autonomamente ai propri bisogni primari.

L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma ravvisava unicamente la sussistenza della lesione - ad opera dell'art. 2, comma 61, della legge n. 92 del 2012 - dell'art. 38, primo comma, Cost, nonché degli artt. 2 e 3 Cost.

La disposizione censurata, infatti, imponendo la revoca dell'assegno sociale a chi versi in regime di detenzione domiciliare, comporterebbe il rischio che tale soggetto sia privato - a causa della condizione di età e della connessa incapacità, presunta ex lege, di svolgere qualsiasi proficuo lavoro - dei mezzi di sussistenza. La qual cosa realizzerebbe un oggettivo pregiudizio per i diritti inviolabili della persona - quali quello alla alimentazione e, in definitiva, alla vita - insuscettibili di patire deroghe o compressioni. Negava il giudice a quo, la natura penale della revoca di cui all'art. 2, commi 58/63, l. 92/2012 ritenendo che la stessa operi direttamente in via amministrativa senza l'intermediazione del provvedimento giurisdizionale penale che ne funge solo da presupposto storico. Il giudice remittente, dunque, riteneva la fattispecie in discorso come un effetto extrapenale della condanna e non una pena accessoria che, dunque, non presentava profili di incompatibilità con il divieto di irretroattività sfavorevole di cui all'art. 25 Cost. e, di conseguenza, riteneva la questione formulata affetta da manifesta infondatezza. Infondata, altresì, era, a mente del Tribunale di Roma, la questione afferente alla pretesa lesione del diritto di eguaglianza sostanziale scaturente dal sottoporre al medesimo trattamento situazioni in sé dissimili: quella del collaboratore di giustizia che ha con la sua scelta fattivamente posto fine ad ogni vicinanza al sodalizio di originaria appartenenza e quella del condannato per mafia che non ha espresso alcuna forma di dissociazione, risultando, pertanto, meritevole del giudizio

astratto di indegnità cui è correlata la disciplina della revoca. Riteneva il giudice che nessuna lesione del principio di eguaglianza fosse ravvisabile dal momento che la legge contempla già delle modalità di aiuto e di sostegno economico per il collaboratore privo di mezzi (art. 13, comma 5, d.l. n. 8/1991; art. 3, commi 6 e 7, l. 08.08.1995, n. 335). La questione, nel caso specifico, tuttavia, riguardava un soggetto che, ormai uscito dal programma di protezione, non poteva più accedere agli aiuti derivanti da tale peculiare condizione e, inoltre, si trovava in detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 O.P. e doveva provvedere al vitto e all'alloggio. La mancata corresponsione del beneficio assistenziale determinato dall'età avanzata e dalla mancanza di redditi determinava, dunque, per il ricorrente, una condizione di completa indigenza da inquadrare nell'alveo della responsabilità statale e del dovere di solidarietà dell'intera collettività nei confronti dei soggetti svantaggiati (art. 38 Cost.). La pretesa indegnità insita, secondo la ratio legis, nell'aver commesso gravissimi reati cui si presume siano correlati grandi accumuli di ricchezze deve soccombere a fronte della incapacità del singolo di provvedere a sé stesso e di godere del minimo vitale.

La Corte Costituzionale ritiene la questione fondata.

Nel "considerato in diritto", la Consulta premette una breve disamina della normativa di riferimento che prevede che, per determinati reati considerati di particolare gravità, il giudice applichi in sentenza la sanzione accessoria della revoca di una serie determinata di prestazioni assistenziali, ossia l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili.

La norma contempla una sorta di "statuto d'indegnità" per la percezione di determinate provvidenze pubbliche da parte di chi sia risultato colpevole di peculiari delitti, secondo un'impostazione rinvenibile anche in altre disposizioni legislative, tra le quali, ad esempio, quelle sul reddito di cittadinanza previste dal decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4 (Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni), convertito, con modificazioni, in legge 28 marzo 2019, n. 26). L'erogazione di tali provvidenze può essere ripristinata, a domanda dell'interessato e ove sussistano i presupposti previsti dalla normativa di riferimento, una volta espiata la pena. "Vero è - specifica la Consulta - che il legislatore può legittimamente circoscrivere la platea dei beneficiari delle stesse prestazioni sociali, purché le sue scelte rispettino rigorosamente il canone di ragionevolezza; trattandosi di provvidenze a tutela di soggetti fragili, infatti, le eventuali limitazioni all'accesso devono esprimere un'esigenza chiara e razionale, senza determinare discriminazioni (sentenze n. 50 del 2019, n. 166 del 2018, n. 133 del 2013 e n. 432 del 2005)". Tuttavia, "la revoca dei trattamenti assistenziali di cui alla disposizione oggetto di censura - ivi inclusa la specifica provvidenza in discussione nel giudizio *a quo* - può concretamente comportare il rischio che il condannato ammesso a scontare la pena in regime di detenzione domiciliare o in altro regime alternativo alla detenzione in carcere, poiché non a carico dell'istituto carcerario, non disponga di sufficienti mezzi per la propria sussistenza. Lo "statuto d'indegnità" definito dal legislatore pone in pericolo, in tal modo, la stessa sopravvivenza dignitosa del condannato, privandolo del minimo vitale, in violazione dei principi costituzionali (artt. 2, 3 e 38 Cost.), su cui si fonda il diritto all'assistenza.

È pur vero che i condannati per i reati di cui all'art. 2, comma 58, della legge n. 92 del 2012 hanno gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile. Tuttavia, attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere.

Ciò non accade qualora la revoca riguardi il condannato ammesso a scontare la pena in regime alternativo al carcere, che deve quindi sopportare le spese per il proprio mantenimento, le quali, ove egli sia privo di mezzi adeguati, potrebbero essere garantite solo dalle ricordate provvidenze pubbliche.

Proprio tale diversità di effetti della revoca delle prestazioni sociali su chi si trova in stato di detenzione domiciliare (o in altra forma alternativa di espiazione della pena) rispetto a chi è detenuto in carcere determina una violazione anche dell'art. 3 Cost., trattando allo stesso modo situazioni soggettive del tutto differenti. Tener conto di tale diversità di situazioni, anzi, risulta presumibilmente coerente con la stessa volontà dell'intervento legislativo, che ha stabilito l'incompatibilità tra determinate provvidenze pubbliche e l'essere stati condannati in via definitiva per reati giudicati particolarmente gravi. È ben possibile, infatti, che per tali reati il legislatore abbia pensato alla sola detenzione in carcere come regime di espiazione della pena, senza quindi prevedere deroghe allorché ricorrano peculiari situazioni, legate all'età avanzata del condannato, alla presenza di precarie condizioni di salute, nonché, per particolari reati quali quelli di cui al giudizio a quo, anche alla collaborazione con la giustizia. Risulta così violato lo stesso principio di ragionevolezza, perché l'ordinamento valuta un soggetto meritevole di accedere forme alternative di detenzione, ma lo priva poi dei mezzi per vivere, ottenibili, in virtù dello stato di bisogno, solo dalle prestazioni assistenziali". In nessun caso, dunque, ritiene la Corte, appare legittimo ed aderente all'art. 38 della Carta Costituzionale, privare del tutto una persona inabile al lavoro ed incapace di provvedere a sé stessa dei mezzi di sostentamento minimo che rientrano nell'adempimento da parte dello Stato degli obblighi sociali e di solidarietà qualora non sia più ristretta in carcere e, di conseguenza, debba godere di un alloggio e dei mezzi di ordinaria sopravvivenza.

Ancora, afferma la Consulta, trattare allo stesso modo la persona detenuta in carcere e quella in regime di detenzione domiciliare in ragione di gravi condizioni di salute, per l'età avanzata o per aver collaborato con la giustizia, comporterebbe una violazione dell'art. 3 Cost. perché finirebbe per disciplinare allo stesso modo situazioni sostanzialmente non sovrapponibili. Tale ultimo ragionamento della Consulta sembra aprire uno spiraglio ad una valutazione ulteriore che esula tuttavia dall'ordinanza di rimessione. La condizione di "indegnità" allo stato rimuovibile soltanto a pena interamente espia, attinge la persona macchiata di gravi condotte criminose in ragione non solo della convinzione che abbia infranto il patto sociale, ma anche della presunzione che tali reati siano in sé connaturati con l'accumulo illecito di denaro e di risorse economiche occulte. Tale ultima indicazione, tuttavia, può non essere rispondente al vero e tradursi nella indebita negazione di un beneficio assistenziale cui il soggetto avrebbe diritto.

L'indegnità in discorso richiama alla mente la disciplina del gratuito patrocinio oggetto di una importante pronuncia della Corte Costituzionale, n. 139 del 2010, che ha ravvisato l'illegittimità dell'art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nella parte in cui "stabilendo che per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria". "Non può ritenersi irragionevole - secondo la Consulta - che, sulla base della comune esperienza, il legislatore presuma che l'appartenente ad una organizzazione

criminale, come quelle indicate nella norma censurata, abbia tratto dalla sua attività delittuosa profitti sufficienti ad escluderlo in permanenza dal beneficio del patrocinio a spese dello Stato. Ciò che contrasta con i principi costituzionali è il carattere assoluto di tale presunzione, che determina una esclusione irrimediabile, in violazione degli artt. 3 e 24, secondo e terzo comma, Cost. Si deve quindi ritenere che la norma censurata sia costituzionalmente illegittima nella parte in cui non ammette la prova contraria. La presunzione in esame, estesa a tutti reati e senza limite di tempo, impedisce che si possa tener conto di un eventuale percorso di emancipazione dai vincoli dell'organizzazione criminale, perfino nell'ipotesi in cui il soggetto sia imputato di un reato, anche colposo, che nulla abbia a che fare con la criminalità organizzata. È agevole ipotizzare la situazione di disagio personale, economico e sociale, di chi, partecipe di una associazione di stampo mafioso, tenti il reinserimento nella società, incontri difficoltà a trovare lavoro e sconti, in vari campi della vita di relazione, la sua pregressa appartenenza e si trovi coinvolto in procedimenti penali, nei quali non possa esercitare una difesa adeguata – proprio per dimostrare la sua estraneità al crimine – a causa di una reale condizione di indigenza, il cui accertamento è precluso al giudice dalla norma censurata”. In materia di gratuito patrocinio a persone condannate per reati di mafia, dunque, la Corte dà rilievo alla presa di distanza del reo dal crimine soffermandosi sulla illogicità e contrarietà all'art. 3 della Costituzione di una norma che non tenga conto della rescissione dai legami sodali del richiedente.

Diversamente, nella materia in discorso, resiste una presunzione assoluta che attribuisce una pretesa capacità economica al condannato per gravi reati senza dar modo di specificare e di documentare condizioni di peculiare vulnerabilità economica scaturite, solo esemplificativamente, da una lunga carcerazione in un luogo lontano da quello di residenza che costringe i familiari ad affrontare onerose spese di viaggio e di assistenza. E, ancora, esprime un immutato giudizio di indegnità correlato al fatto reato che appare insuperabile anche laddove con una condotta attiva il soggetto, come nel caso di specie, abbia non solo espresso un distacco definitivo dal consesso malavitoso di originaria appartenenza, ma abbia offerto un concreto aiuto alle investigazioni ed all'Autorità inquirente.

GLI STEREOTIPI SULLA VIOLENZA DI GENERE NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA. RIFLESSIONI SU C. EUR. DIR. UOMO, 27.5.2021, J.L. CONTRO ITALIA

Iacopo Benevieri*

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive. - **2.** La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27.5.2021, J.L. contro Italia. - **3.** Gli argomenti contenuti nella sentenza dei giudici nazionali. - **4.** Gli stereotipi sui ruoli di genere: uno studio statistico. - **5.** Lo stereotipo e la ricerca dell'adesione dell'uditorio. - **6.** La struttura dello stereotipo: il legame circolare *atto-persona* e *persona-atto*. - **7.** Lo stereotipo e la polarizzazione della persona offesa sulla dicotomia *vizi-virtù*. - **8.** Lo stereotipo e la impermeabilità a confutazioni e prove contrarie. - **9.** Lo stereotipo come criterio di inferenza illegittimo ai sensi dell'art. 192 c. 1 c.p.p. - **10.** Riflessioni conclusive.

Abstract

Con la sentenza in commento la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi in merito a una vicenda giudiziaria italiana relativa a una presunta violenza sessuale di gruppo, ha rilevato come la sentenza assolutoria della Corte d'appello, nel ribaltare l'esito del giudizio di primo grado, abbia fatto ricorso nella motivazione ad affermazioni colpevolizzanti, moralizzanti e stereotipate determinando una vittimizzazione secondaria della persona offesa, con conseguente violazione dell'art. 8 C.e.d.u. Il presente commento si prefigge di evidenziare come il ricorso agli stereotipi possa costituire vizio di legittimità della motivazione.

In this decision, the European Court of Human Rights, called to rule on an Italian case concerning an alleged group sexual assault, found that the acquittal of the Court of Appeal, in overturning the outcome of the first instance judgment, used in its motivation culpable, moralising and stereotyped statements resulting in a secondary victimisation of the offended person, with a consequent violation of Article 8 ECHR. The purpose of this commentary is to show how recourse to stereotypes may constitute a defect in the legitimacy of the motivations.

* Avvocato del Foro di Roma.

1. Considerazioni introduttive.

Nella teoria dell'argomentazione uno dei temi meno dibattuti, benché rilevante, è quello relativo alla efficacia dimostrativa dello stereotipo.

La ragione di questa carenza probabilmente risiede nel fatto che lo stereotipo presenta caratteri propri di molte tecniche argomentative e sfugge così alle tradizionali classificazioni elaborate nei trattati sull'argomentazione¹.

Nel presente contributo, prendendo spunto da una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si cercherà di proporre un'analisi dello stereotipo come tecnica argomentativa nella sentenza e di chiarire quale possa essere la sua incidenza sulla legittimità dell'apparato motivazionale.

2. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27.5.2021, *J.L. contro Italia*.

Nella sentenza in esame la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della C.e.d.u., che assicura il diritto al rispetto della vita privata, in quanto le autorità nazionali nella pronuncia di secondo grado avrebbero omesso di proteggere la ricorrente dalla *vittimizzazione secondaria*, facendo uso di stereotipi sessisti nella motivazione del provvedimento².

La vicenda giudiziaria nazionale trae origine dalla denuncia di una giovane donna che riferiva di aver subito violenza sessuale di gruppo in stato d'incoscienza dovuta all'assunzione di alcool, dopo aver passato una serata in compagnia di alcuni amici presso la Fortezza da Basso, uno spazio pubblico della città di Firenze adibita in estate allo svolgimento di spettacoli e concerti.

All'esito dell'istruttoria dibattimentale il Tribunale di Firenze aveva pronunciato sentenza di condanna nei confronti di sei imputati in ordine al reato di cui agli artt. 609-*bis* c. 2 n. 1 e 609-*octies* c.p. A seguito dei gravami la Corte territoriale riformava la sentenza di primo grado e assolveva gli imputati con la formula perché il fatto non sussiste, non essendo stato «*accertato l'elemento materiale del reato di violenza sessuale caratterizzato dall'abuso dello stato di inferiorità della vittima*»³.

Avverso detto provvedimento la Procura Generale decideva di non proporre ricorso per cassazione, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza assolutoria.

Con la sentenza in commento la Corte europea, adita dalla persona offesa, ha ritenuto violato l'art. 8 della C.e.d.u. sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata, in quanto le autorità nazionali hanno omesso di proteggere la ricorrente dalla *vittimizzazione secondaria* durante lo svolgimento del procedimento.

¹ Cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 2001, 107.

² C. eur. dir. uomo, 27.5.2021, *J.L. contro Italia*, reperibile nella lingua francese al seguente indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210299> e, nella traduzione italiana curata dall'Osservatorio Violenza sulle Donne dell'Università degli Studi di Milano, reperibile all'indirizzo <https://ovd.unimi.it/wp-content/uploads/sites/3/2021/05/J.L.-c.-ITALIA.pdf>.

³ Cfr. par. 47 della sentenza.

In particolare la Corte europea ha rilevato come i riferimenti, contenuti nella sentenza di secondo grado, all'orientamento sessuale della ricorrente, alle sue pregresse relazioni sentimentali, alla complessiva condotta tenuta dalla stessa nei confronti degli imputati sia prima che durante la sera stessa del fatto, costituissero elementi di valutazione inappropriati e ingiustificati ai fini dell'accertamento dei fatti contestati. Tali riferimenti, pertanto, avevano determinato la violazione degli «*obblighi positivi di proteggere le presunte vittime della violenza di genere*», tra i quali si annovera «*anche il dovere di proteggere la loro immagine, dignità e privacy, anche attraverso la non divulgazione di informazioni e dati personali non correlati*»⁴. In questa prospettiva, si legge nella sentenza in commento, «*la capacità dei giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni, che è una manifestazione del potere discrezionale dei giudici e del principio di indipendenza della magistratura, è limitata dall'obbligo di proteggere l'immagine e la vita privata degli individui da interferenze ingiustificate*»⁵.

Tale obbligo non viene meno neppure laddove, come nella fattispecie, «*la questione della credibilità della ricorrente era particolarmente cruciale*» e «*il riferimento alle sue relazioni passate con i singoli imputati o a certi suoi comportamenti durante la serata possa essere stato giustificato*», ciò in quanto la Corte europea «*non vede come la situazione familiare della ricorrente, le sue relazioni sentimentali, il suo orientamento sessuale o anche la sua scelta di abbigliamento, così come lo scopo delle sue attività artistiche e culturali, possano essere rilevanti per la valutazione della sua credibilità e la responsabilità penale degli imputati*», con la conseguenza che tali riferimenti non possono ritenersi giustificati dalla necessità di esercitare i diritti di difesa degli imputati⁶.

I giudici di Strasburgo hanno evidenziato in particolare come «*il linguaggio e gli argomenti*» utilizzati dalla Corte d'appello fossero idonei a trasmettere i pregiudizi sul ruolo della donna che esistono nella società italiana e che rischiano di ostacolare una protezione efficace dei diritti delle vittime di violenza di genere nonostante il soddisfacente quadro legislativo nazionale⁷.

La Corte si è ritenuta convinta del fatto che l'azione penale e le sanzioni svolgano un ruolo cruciale nella risposta istituzionale alla violenza di genere e nella lotta alla disuguaglianza tra sessi. È quindi fondamentale che le autorità giudiziarie si astengano dal riprodurre e diffondere stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie, di minimizzare la violenza di genere e di esporre le donne alla vittimizzazione secondaria utilizzando un linguaggio «*colpevolizzante e moraleggiante*», che rischia di far venir meno la fiducia delle vittime nella giustizia⁸.

⁴ Cfr. par. 139 della sentenza.

⁵ Cfr. par. 139 della sentenza.

⁶ Cfr. par. 138 della sentenza.

⁷ Cfr. par. 140 della sentenza: «*la Cour considère que le langage et les arguments utilisés par la cour d'appel véhiculent les préjugés sur le rôle de la femme qui existent dans la société italienne et qui sont susceptibles de faire obstacle à une protection effective des droits des victimes de violences de genre en dépit d'un cadre législatif satisfaisant*».

⁸ Cfr. par. 141 della sentenza: «*Il est dès lors essentiel que les autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice*».

Nel caso in esame, secondo i giudici di Strasburgo, le autorità nazionali italiane non hanno protetto la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria durante il procedimento, di cui la sentenza costituisce una parte integrante della massima importanza, soprattutto in considerazione del suo carattere pubblico⁹.

3. Gli argomenti contenuti nella sentenza dei giudici nazionali.

Occorre premettere come la presente analisi degli stereotipi impiegati dalla Corte d'appello nella motivazione della sentenza non si basi sulla conoscenza diretta del provvedimento del giudice nazionale, bensì unicamente su ciò che di questo provvedimento ha messo in luce la sentenza della Corte Europea. Pertanto i brani della sentenza della Corte d'appello verranno citati nella forma testuale riportata dalla sentenza della Corte Europea, così come tradotta dalla lingua francese a quella italiana nella versione pubblicata sul sito web dell'Osservatorio Violenza sulle Donne dell'Università degli Studi di Milano¹⁰, non risultando ancora pubblicata la traduzione ufficiale in lingua italiana sul sito web del Ministero della Giustizia.

Innanzitutto la Corte d'appello, chiamata a pronunciarsi in merito alla sussistenza dello stato di inferiorità psichica e fisica della ricorrente¹¹, ha ritenuto insussistente una qualche vulnerabilità psicologica idonea a influenzare il consenso.

In particolare la Corte nazionale evidenziava come la persona offesa fosse una giovane donna che era «*certamente fragile ma anche creativa e disinibita*», «*capace di gestire la sua (bi)sessualità e di avere occasionali incontri sessuali di cui non era del tutto convinta*», quali quelli che la stessa avrebbe intrattenuto singolarmente con due degli imputati alcuni giorni prima e qualche ora prima del fatto¹².

La Corte d'appello sottolineava altresì la rilevanza dell'apporto dichiarativo di due testimoni, secondo i quali la persona offesa avrebbe tenuto pubblicamente per tutta la serata un comportamento «*estremamente provocatorio e volgare*», avendo costei «*ballato in modo lascivo strizzando alcuni degli imputati*»¹³ e, «*dopo aver avuto un rapporto sessuale con D.S. nei bagni, fatto che fu immediatamente rivelato al gruppo di amici, aveva mostrato la sua biancheria rossa mentre cavalcava un toro meccanico*»¹⁴.

⁹ Cfr. par. 142 della sentenza: «*Il s'ensuit que les autorités nationales n'ont pas protégé la requérante d'une victimisation secondaire durant toute la procédure, dont la rédaction de l'arrêt constitue une partie intégrante de la plus grande importance compte tenu notamment de son caractère public*».

¹⁰ Reperibile all'indirizzo <https://ovd.unimi.it/wp-content/uploads/sites/3/2021/05/J.L.-c.-ITA-LIA.pdf>.

¹¹ Cfr. par. 41 della sentenza C. eur. dir. uomo.

¹² *Ibidem*.

¹³ Dell'originale termine francese “serrant” sembra preferibile la traduzione “stringendosi con” rispetto a “strizzando”. In assenza dell'originale testo della sentenza della Corte d'Appello è innegabile la difficoltà di rendere correttamente la traduzione in italiano di un verbo francese, che costituisce a sua volta la traduzione di un termine originariamente in lingua italiana contenuto nella sentenza nazionale.

¹⁴ Cfr. par. 42 della sentenza in commento.

Inoltre, secondo la Corte d'appello, era emerso come la persona offesa avesse manifestato di compiacersi dei commenti rivoltile dal gruppo di amici in merito al suo orientamento sessuale¹⁵.

Esclusa l'esistenza di uno stato di inferiorità nella ricorrente, la Corte territoriale esaminava dunque la questione relativa alla revoca del consenso al rapporto sessuale, asseritamente prestato all'inizio, consenso «*che gli imputati avevano ritenuto, a torto o a ragione, sussistente durante la serata, anche alla luce del rapporto orale che D.S. aveva già 'ottenuto' dalla ricorrente nella toilette*»¹⁶.

Nell'affrontare tale tema di giudizio la Corte osservava come la persona offesa non fosse apparsa «*infastidita dalle toccate e dai palpeggiamenti del gruppo di amici sulla pista da ballo fino a quando non aveva lasciato la fortezza e si era lasciata riaccompagnare alla macchina, dove era rimasta inerte mentre le manovre sessuali venivano eseguite, così che i membri del gruppo di amici erano stati 'quasi sorpresi' quando lei aveva deciso di andarsene*» e come tale attività sessuale «*in definitiva non ha soddisfatto nessuno*»¹⁷.

Ulteriori elementi valorizzati dalla Corte d'appello erano costituiti dall'«*assenza di tracce di graffi o colluttazioni sui corpi degli imputati, che erano stati arrestati subito dopo i fatti*» e dalla circostanza che «*la ricorrente aveva pedalato per dieci minuti dopo le gravi violenze che affermava di aver subito*», tutti elementi, questi, che la Corte territoriale riteneva incompatibili con i gravi abusi che la persona offesa aveva asserito di aver subito per due ore¹⁸.

Secondo i giudici del gravame, inoltre, la ricorrente avrebbe denunciato i fatti presso il centro antiviolenza territoriale per tentare di «*stigmatizzare*» il fatto di «*non aver ostacolato l'esperienza di gruppo, allo scopo di reprimere un momento di fragilità e debolezza di cui aveva preso coscienza e che la sua vita non lineare avrebbe cercato di censurare*»¹⁹.

La Corte nazionale ha altresì ritenuto come il comportamento e le esperienze della ricorrente prima e dopo i fatti «*dimostrassero un atteggiamento ambivalente nei confronti del sesso che la portava a fare scelte non pienamente assunte e vissute in modo contraddittorio e traumatico, come recitare nel cortometraggio di L.L. senza mostrare alcuna riluttanza verso le scene di sesso e violenza che conteneva, o partecipare, pochi giorni dopo la violenza lamentata, a un workshop intitolato 'Sesso in transizione' a Belgrado*»²⁰.

Alla luce di tali circostanze, la Corte territoriale concludeva che, «*sebbene deplorabili, gli atti denunciati non erano penalmente perseguibili e che gli imputati dovevano essere assolti perché non era stato accertato l'elemento materiale del reato di violenza sessuale caratterizzato dall'abuso dello stato di inferiorità della vittima (perché il fatto non sussiste)*»²¹.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. par. 43.

¹⁷ Cfr. par. 43 della sentenza.

¹⁸ Cfr. par. 44 della sentenza.

¹⁹ Cfr. par. 46 della sentenza.

²⁰ Cfr. par. 46 della sentenza.

²¹ Cfr. par. 47 della sentenza.

4. Gli stereotipi sui ruoli di genere: uno studio statistico.

La presente analisi non può prescindere da una constatazione: la coincidenza di molti degli argomenti utilizzati nella sentenza dei giudici nazionali, così come stigmatizzati dalla Corte europea, con gli stereotipi sui ruoli di genere diffusi nel nostro Paese e descritti nel documento pubblicato nel 2018, elaborato dall'Istat in collaborazione con il Dipartimento per le Pari Opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri²².

Lo studio ha consentito di rilevare quali siano i modelli culturali che ancora oggi orientano l'immagine sociale sulla violenza di genere, evidenziando come i modelli stereotipati legati ai ruoli delle donne e degli uomini siano ancora radicati nella cultura di genere di questo Paese e influenzino profondamente la valutazione sulle condotte tenute dalle donne in occasione di fatti di violenza sessuale.

Secondo tale studio, per esempio, persiste nella popolazione italiana il pregiudizio secondo il quale una donna è quasi sempre in grado di sottrarsi a un rapporto sessuale (39,9% della popolazione, di cui il 41,9% maschile). Da tale assioma discendono una serie di noti corollari, come il convincimento secondo il quale l'assenza di lividi ed ecchimosi, nonché di una qualche traccia di energica resistenza fisica alla violenza, costituirebbero elementi indicativi della sussistenza della disponibilità all'atto. In tale canone paiono rientrare proprio gli argomenti, utilizzati nella sentenza della Corte d'appello, fondati sulla «*assenza di tracce di graffi o colluttazioni sui corpi degli imputati*»²³; sul fatto che «*la ricorrente aveva pedalato per dieci minuti dopo le gravi violenze che affermava di aver subito*»²⁴ ed era «*rimasta inerte mentre le manovre sessuali venivano eseguite*»²⁵.

Altra idea diffusa registrata dall'Istat è quella secondo la quale per il 23,9% della popolazione (con quote percentuali simili tra uomini e donne) il modo di comportarsi e il tipo di abbigliamento della donna costituisce elemento di provocazione della violenza sessuale. Per tale via, condotte ritenute «*disinibite*» costituirebbero pertanto una sorta di comunicazione implicita di disponibilità a intrattenere rapporti intimi.

Nell'ambito di tale diffuso convincimento rientrerebbero gli argomenti, utilizzati nella sentenza dei giudici nazionali, basati sulla constatazione che la persona offesa non fosse apparsa «*infastidita dalle toccate e dai palpeggiamenti del gruppo di amici sulla pista da ballo*»²⁶; che la stessa avrebbe tenuto pubblicamente per tutta la sera un comportamento «*estremamente provocatorio e volgare*»²⁷, avendo costei «*ballato in modo lascivo*» con alcuni degli imputati e, infine, che avrebbe «*mostrato la sua biancheria rossa mentre cavalcava un toro meccanico*»²⁸. Secondo il rapporto Istat, per il 15,1% della popolazione la donna, se attua tali condotte «*disinibite*» in stato

²² Il documento è reperibile all'indirizzo internet <https://www.istat.it/it/archivio/235994>.

²³ Cfr. par. 44 della sentenza.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. par. 43 della sentenza.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. par. 42 della sentenza.

²⁸ *Ibid.*

di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, ha significativamente contribuito al fatto.

Rientra nell'ambito di questo stesso stereotipo basato sulla "condotta disinibita" della donna anche l'idea secondo la quale persino specifiche attività professionali o culturali (come quelle artistiche, teatrali o cinematografiche), che implicino la manifestazione da parte della donna di un rapporto con il proprio corpo privo di quei tradizionali caratteri di pudico contegno, possano costituire elementi indicativi di una maggiore disponibilità a esperienze sessuali.

Nell'ambito di tale concezione rientra l'argomento usato in sentenza, stigmatizzato dalla Corte Europea, basato sulle scelte professionali e culturali adottate dalla persona offesa prima e dopo i fatti, quali quella di «recitare [...] senza mostrare alcuna riluttanza verso le scene di sesso e violenza che conteneva», nonché quella di «partecipare, pochi giorni dopo la violenza lamentata, a un workshop intitolato 'Sesso in transizione' a Belgrado»²⁹. Tali esperienze, secondo i giudici nazionali, sarebbero idonee a rivelare nella persona offesa «un atteggiamento ambivalente nei confronti del sesso che la portava a fare scelte non pienamente assunte e vissute in modo contraddittorio e traumatico»³⁰.

La stessa scelta della persona offesa di denunciare i fatti presso il centro antiviolenza territoriale veniva interpretato dalla Corte nazionale non già come la consapevolezza d'esser stata vittima di un reato, bensì come la manifestazione di disapprovazione e pentimento, tardivi, per non esser riuscita tempestivamente a opporsi agli atti sessuali³¹.

5. Lo stereotipo e la ricerca dell'adesione dell'uditorio.

Analizzato sotto il profilo della tecnica argomentativa, lo stereotipo presenta quelle caratteristiche che sono desumibili dallo stesso etimo della parola: la fissità del modello e la sua riproducibilità³².

Innanzitutto con lo stereotipo si cerca di ottenere da parte dell'uditorio universale una adesione su premesse generali, dalle quali partire per sviluppare efficacemente l'argomentazione.

Queste premesse vengono presentate all'uditorio come se fossero caratterizzate dall'assoluta validità, dalla loro coincidenza con il senso e le esperienze comuni, dal loro valore extratemporale e assoluto, indipendentemente dalle contingenze locali o storiche. Lo stereotipo offre cioè all'uditorio universale un accordo sul cd. "inconscio storico", cioè su quelle opinioni che, pur essendo espressioni di un senso comune stratificato negli schemi culturali di una società, sono travestite da oggettività³³.

²⁹ Cfr. par. 46 della sentenza.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² La parola è stata coniata nel 1795 da Firmin Didot e deriva dal greco τύπος (impronta, modello) e στερεός (solido, immobile). Originariamente indicava una tecnica tipografica che creava riproduzioni in lastre intere, dette stereotipi o *clichés*, partendo da un modello atto a impressionare un foglio.

³³ J. BUTLER, *Soggetti di desiderio*, Roma-Bari, 2009.

Tra queste premesse generali sulle quali lo stereotipo chiede l'adesione all'uditorio rientrano certamente la rappresentazione sociale dei ruoli di genere. Per esempio, in qualsiasi stereotipo di genere la premessa su cui si chiede l'adesione dell'uditorio può essere l'opinione comune che l'agire sessuale maschile necessiti meno frequentemente di giustificarsi rispetto a quello femminile; oppure che i limiti sociali imposti al corpo della donna siano maggiori di quelli imposti sull'uomo, con ogni conseguente corollario sulle qualità del buon contegno femminile improntato alla chiusura, alla protezione, alla riservatezza³⁴.

Oggetto dell'accordo con l'uditorio sono il *probabile* e il *preferibile*³⁵.

Lo stereotipo chiede innanzitutto all'uditorio un accordo sul *probabile*, ovvero sull'*id quod plerumque accidit*.

Nell'ambito dell'accordo sul probabile, lo stereotipo propone una definizione di "normale" e di "verosimile": per ogni categoria di fatti o di comportamenti (per esempio, la condotta della donna in occasione di una violenza sessuale) esisterebbero sempre uno o più aspetti considerati *normali* e dunque *verosimili*, che possono costituire la base (le premesse) per il successivo ragionamento sul fatto. La conseguenza è che qualsiasi discostamento da tale modello di normalità ricade fuori dall'accordo con l'uditorio in quanto *improbabile*, *inverosimile*.

L'accordo universale offerto dallo stereotipo dunque, non potendo essere misurato in termini statistici e probabilistici, si sottrae di fatto a possibili misurazioni contrarie.

Lo stereotipo offre inoltre la possibilità di un accordo sul *preferibile*, ovvero sui valori. Infatti nello stereotipo la nozione di normale è sempre necessariamente dipendente da un gruppo umano di riferimento, portatore di specifici valori e di precise gerarchie tra questi valori. Lo stereotipo, dunque, è sempre espressione del gruppo dominante (sotto il profilo etnico, sociale, economico o di genere) in un determinato momento, rispetto al quale viene misurata la nozione di "normale"³⁶. Se leggessimo le massime di senso comune repertate nella *Psicologia giudiziaria* dell'Altavilla, data alle stampe nel 1925, constateremmo come molte di queste rappresentino una nozione di "normale" diversa da quella odierna e, pertanto, riflettono chiaramente la visione del gruppo sociale di riferimento dell'epoca, allorquando apparivano nondimeno verità ampiamente condivise³⁷.

Dunque, soprattutto gli stereotipi di genere implicano necessariamente un accordo sulla nozione di "normale" e di "verosimile" in rapporto al gruppo di genere dominante. Se in seno alla società mutasse il gruppo di riferimento, varierebbe il canone del "normale", ragione per cui lo stereotipo offre all'uditorio la possibilità di un accordo basato su premesse apparentemente di tipo assoluto, ma in realtà relative, provvisorie, instabili³⁸.

³⁴ Cfr. P. BOURDIEU, *Il dominio maschile*, Milano, 1998, 39.

³⁵ Cfr. C. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, 69.

³⁶ K. BURKE, *A Rhetoric of Motives*, Prentice-Hall, 1950, 299-300.

³⁷ Per es., "La donna è meno intelligente dell'uomo, ma più accorta e perspicace", in E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, Torino, 1955, I, 71.

³⁸ In C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, 77, si sottolinea come nell'argomentazione giudiziaria le tecniche di confutazione spesso operino proprio attraverso le variazioni del gruppo di riferimento del concetto di *normale*.

Anche nello stereotipo di genere viene proposto dunque un modello *normale*, *tipico* di fatti di violenza sessuale, offrendolo come base di accordo con l'uditorio universale. Da uno studio sui processi per violenza sessuale è emerso come la *normalità* e la *verosimiglianza* attengono generalmente ai seguenti aspetti del fatto: le caratteristiche *tipiche* degli autori di violenza sessuale (per es., soggetti non conosciuti dalla vittima); le caratteristiche *tipiche* delle modalità della condotta di violenza (per es., realizzata tramite atti di sopraffazione fisica); le caratteristiche *tipiche* delle reazioni attuate dalla persona offesa contestualmente e successivamente al fatto; le cause *tipiche*, il contesto *tipico*, le conseguenze *tipiche*³⁹. Un fatto difforme da tale modello viene bandito nell'area dell'inverosimile.

Lo stereotipo di genere offre dunque all'uditorio un'adesione su un modello di violenza sessuale. Tale modello, inoltre, ha una valenza descrittiva e prescrittiva. Esso cioè *descrive* un tipo (uno stampo) di violenza sessuale come se fosse la sintesi dei caratteri maggiormente ricorrenti in fatti simili già accaduti. Si presenta dunque come l'esito di una verifica statistica, anche se non lo è. Contemporaneamente tale modello *prescrive* un canone di riferimento fisso, rispetto al quale si confronterà il fatto accaduto da accertare.

6. La struttura dello stereotipo: il legame circolare *atto-persona e persona-atto*.

Dopo aver stabilito un accordo universale con l'uditorio, lo stereotipo offre un cd. "*legame di coesistenza*" tra l'azione e la persona, cioè tra le caratteristiche della condotta e le qualità soggettive, la psiche e l'*intentione* dell'agente, nonché il legame di coesistenza inverso (*persona-azione*), secondo una circolarità che consente allo stereotipo di rafforzarsi a ogni passaggio⁴⁰.

Secondo questa impostazione la condotta umana rifletterebbe in modo fisso specifiche qualità soggettive o psichiche dell'autore. Lo stereotipo offre una rappresentazione immutabile dell'agente a partire dai suoi atti e offre una rappresentazione immutabile degli atti a partire dall'agente, secondo un modello stabilito nelle premesse, oggetto di adesione.

Fa parte di questa relazione solida "*atto-persona*", per esempio, il fatto che l'assenza di reazioni energiche per sottrarsi a un tentativo di violenza (*azione*) rifletterebbe la disponibilità all'atto sessuale (*persona*). Nello stereotipo la relazione tra atti e persona è definita una volta per tutte, non è negoziabile⁴¹. Questo rigore presuppone che l'atto sia sempre un indizio rivelatore di uno specifico carattere o *intentione* dell'agente. Come nella fisiognomica lombrosiana le caratteristiche anatomiche della persona sarebbero indici rivelatori invariabili della tendenza interiore criminale, simil-

³⁹ J. TEMKIN - B. KRAHÉ, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, A. MCCOLGAN (a cura di), in *Journal of Law and Society*, 2009, Vol. 36, n. 2.

⁴⁰ Del legame di coesistenza viene offerta un'approfondita analisi in C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *Rhétorique et Philosophie. Pour une théorie de l'argumentation en philosophie*, Presse Universitaires de France, 1952, Vol. 1, 49-84.

⁴¹ Cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, 313.

mente la tecnica argomentativa dello stereotipo ripropone analogo equazione tra gli specifici atti e le qualità soggettiva e psichiche del soggetto agente.

Nella tecnica argomentativa dello stereotipo, inoltre, il collegamento tra atto conosciuto e le qualità della persona consente di partire dalla qualità della persona per valutare gli ulteriori atti successivi della stessa. Il più delle volte, in sostanza, la persona serve come tappa intermedia, che permette di passare dagli atti noti a quelli ignoti. Lo stereotipo pertanto consente di attuare una circolarità chiusa: atto precedente – qualità della persona – atto successivo.

Nella sentenza della Corte d'appello, per esempio, il fatto ignoto è costituito dalla sussistenza o meno del consenso al rapporto sessuale. Orbene i giudici nazionali, tramite il ricorso allo stereotipo di genere, giungono a ritenere insussistente il reato applicando proprio il legame “atto precedente noto – qualità della persona – atto successivo ignoto”. Il comportamento (accertato) tenuto dalla donna precedentemente al fatto (definito «*estremamente provocatorio e volgare*»⁴²) viene indissolubilmente legato a specifiche qualità dell'agente (qualificata come giovane donna «*certamente fragile ma anche creativa e disinibita*», «*capace di gestire la sua (bi)sessualità e di avere occasionali incontri sessuali di cui non era del tutto convinta*»⁴³), qualità e *intentiones* che proiettano a loro volta sul successivo comportamento tenuto dalla stessa nel corso degli atti sessuali una specifica valenza probatoria (l'assenza di una energica resistenza a tali atti come indicatore di una permanente disponibilità agli stessi).

Lo stereotipo, dunque, offre anche il legame inverso, cioè quello *persona-atto*.

Infatti non basta più «*che il passato garantisca l'avvenire, ma occorre aggiungere che la struttura stabile della persona permette sempre di anticipare un giudizio sui suoi atti*»⁴⁴. Questo riflesso della persona sull'atto chiude il cerchio dell'argomentare tramite lo stereotipo, replicandolo potenzialmente all'infinito.

Nell'ambito di tale ulteriore legame tra persona e atto, per esempio, rientra l'argomento usato nella sentenza italiana, stigmatizzato dalla Corte Europea, basato sulle scelte professionali e culturali adottate dalla persona offesa prima e dopo i fatti. Le qualità della persona («*certamente fragile ma anche creativa e disinibita*», «*capace di [...] avere occasionali incontri sessuali di cui non era del tutto convinta*») illuminerebbero i comportamenti, in particolare le scelte professionali e artistiche, mediante il medesimo modello interpretativo (quale, per esempio, la scelta di «*recitare nel cortometraggio [...] senza mostrare alcuna riluttanza verso le scene di sesso e violenza che conteneva, o partecipare, pochi giorni dopo la violenza lamentata, a un workshop intitolato 'Sesso in transizione' a Belgrado*»⁴⁵). Tali stili di vita e scelte professionali a loro volta, secondo i giudici nazionali, sarebbero idonei a rivelare ulteriori qualità nella persona offesa («*un atteggiamento ambivalente nei confronti del sesso che la portava a fare scelte non pienamente assunte e vissute in modo contraddittorio e traumatico*»⁴⁶).

⁴² Cfr. par. 42 della sentenza.

⁴³ Cfr. par. 41 della sentenza.

⁴⁴ Cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, 317.

⁴⁵ Cfr. par. 46 della sentenza.

⁴⁶ *Ibidem*.

Ecco dunque che tramite lo stereotipo di genere viene adottato un modello generale e astratto che costituisce la lente di ingrandimento per leggere la persona e i suoi atti. Come è stato acutamente osservato, «*queste tecniche basate sui legami di solidarietà sarebbero abbastanza misere se non le si considerasse come un'azione reciproca continua fra l'atto e la persona*»⁴⁷. In sostanza l'argomentazione tramite lo stereotipo di genere, servendosi del legame “atto-persona-atto”, è caratterizzata dalla circolarità ceca dei meccanismi rafforzativi e produce un effetto definito “*palla di neve*” (“*boule de neige*”⁴⁸), che accresce, ad ogni snodo *atto-persona* e *persona-atto*, la valenza dimostrativa dei precedenti passaggi e ne costituisce la premessa dimostrativa per i successivi in un nodo gordiano insolubile.

La circolarità dell'azione argomentativa dello stereotipo, inoltre, produce nell'uditorio le cd. *aspettative stereotipiche*⁴⁹, vale a dire quelle tendenze a ritenere in anticipo che da una persona con determinate qualità soggettive verranno attuate determinate condotte⁵⁰.

7. Lo stereotipo e la polarizzazione della persona offesa sulla dicotomia vizi-virtù.

Se, come è stato evidenziato, il ricorso allo stereotipo offre all'uditorio l'accettazione del legame “*persona-atto*”, tale operazione sarà tanto più efficace quanto più lo stereotipo riuscirà a imporre la cd. “*polarizzazione delle virtù e dei vizi*”.

Con questo fenomeno, analizzato prima dalla psicologia sociale e successivamente negli studi di teoria dell'argomentazione, si attribuisce a una persona un insieme *monolitico* di qualità positive o negative, senza alcuno spazio per gradazioni intermedie che, per loro natura, non possono inserirsi nella fissità del modello rigido di riferimento stereotipico. Tale forma di polarizzazione emerge soprattutto nel fenomeno del cosiddetto “*doppio vincolo*” (cd. “*sexual double bind*”)⁵¹: è stato riscontrato infatti come frequentemente nei processi per violenza sessuale le persone offese siano indotte a scegliere tra profili stereotipati da assumere, antitetici tra loro (donna disinvolta e disinibita/donna timida e riservata). Ogni tentativo di negoziazione operato dalla persona offesa tra i due estremi (per es., presentarsi come donna disinvolta ma anche riservata), ogni gradazione tra le due tonalità di *habitus* viene respinta. Una volta che la persona offesa si sia posizionata in una di queste due polarità, lo stereotipo farà discendere in modo automatico specifiche inferenze sia sulle qualità soggettive della persona, sia sull'interpretazione delle sue condotte precedenti e successive, secondo il meccanismo che abbiamo visto del legame “*persona-atto-persona*”.

⁴⁷ Cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, 321.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ W. LIPPMAN, 1992, *L'opinione pubblica*, Roma, 1995.

⁵⁰ A. TVERSKY - D. KAHNEMAN, *Availability: a heuristic for judging frequency and probability*, in *Cognitive Psychology*, 1973, n. 5 (2), 207-232.

⁵¹ C.L. MUEHLENHARD - M. MCCOY, *Double standard/double bind: the sexual double standard and women's communication about sex*, in *Psychology of Women Quarterly*, 1991, n. 15, 447-461; R.L. VAN NIEKERK, *The double bind between individual and social constructions in female survivors of sexual abuse: a qualitative study*, University of Johannesburg, 1999.

8. Lo stereotipo e la impermeabilità a confutazioni e prove contrarie.

La forza persuasiva dello stereotipo risiede, soprattutto, nella sua insuscettibilità d'esser sottoposto a confutazioni, falsificazioni e prove contrarie⁵².

Questa impermeabilità dello stereotipo al contraddittorio deriva da alcuni dei caratteri che abbiamo già osservato.

Innanzitutto, è stato già rilevato, lo stereotipo offre all'uditorio di aderire a un modello di comportamento generale e astratto, presentato come *verosimile* e *normale*. Il modello è verosimile in quanto, si prospetta con lo stereotipo, l'osservazione di fatti simili precedenti avrebbe rilevato caratteristiche comuni che costituiscono il modello finale offerto. In sostanza la nozione di "verosimiglianza" e di "normalità" del modello di riferimento viene presentata come se derivasse da una verifica statistica, anche se non lo è.

In realtà il *normale* e il *verosimile* non sono mai definibili in termini di rappresentazione statistica della frequenza di un fatto, dunque sono nozioni che rientrano nelle presunzioni e mai nelle probabilità calcolabili⁵³. L'accordo universale offerto dallo stereotipo dunque, non potendo essere misurato in termini statistici e probabilistici, si sottrae di fatto a possibili misurazioni contrarie.

Inoltre lo stereotipo fugge alla prova contraria perché quest'ultima ha per oggetto un fatto o una circostanza specifici di segno opposto, mentre l'accordo che lo stereotipo offre all'uditorio opera su un altro piano in quanto ha per oggetto premesse tratte dall'inconscio storico e collettivo di una comunità, stratificatosi nel tempo.

Lo stereotipo dunque si sottrae a falsificazioni, a confutazioni, al contraddittorio, alla prova contraria.

Possiamo dunque proporre una sommaria elencazione delle principali caratteristiche dello stereotipo come tecnica argomentativa:

1. lo stereotipo determina una semplificazione del reale, in quanto si propone di rappresentare gruppi di comportamenti inserendoli in modelli prefissati e immutabili;
2. lo stereotipo determina un meccanismo circolare di autoconferma tramite il legame "*persona-atto-persona*", creando continuamente aspettative stereotipiche che tenderanno a esser soddisfatte;
3. lo stereotipo è impermeabile alle disconferme dell'esperienza, resiste cioè all'impatto di nuove informazioni.

⁵² «*Stereotypes can be overgeneralized, inaccurate and resistant to new information*», così D. MYERS, in *Social psychology*, 1990, New York, 332.

⁵³ Cfr. F. GONSETH, *La notion du normal*, in *Dialectica*, 1947, vol. 1, n. 3, 243-252; J. BUTLER, *op. cit.*

9. Lo stereotipo come criterio di inferenza illegittimo ai sensi dell'art. 192 c. 1 c.p.p.

Applicando le precedenti considerazioni alle regole di giudizio, è possibile rilevare come lo stereotipo costituisca una regola di inferenza illegittima in quanto si sottrae a qualsiasi procedimento di falsificazione.

L'art. 192 c. 1 c.p.p. stabilisce, com'è noto, che nel valutare la prova il giudice è tenuto a dar conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. Deve cioè esporre gli elementi di prova acquisiti nonché le regole di inferenza che hanno consentito di attribuire un determinato significato probatorio a tali elementi. Esse costituiscono dunque quel ponte logico, quei passaggi inferenziali che consentono di attribuire a un dato acquisito (l'assenza di ecchimosi o tracce sul corpo) una specifica informazione (il consenso o meno al rapporto sessuale). È altrettanto noto che tra le regole di inferenza figurino le cd. massime d'esperienza⁵⁴.

Orbene lo stereotipo, benché presenti caratteri simili a quelli delle massime d'esperienza, differisce da queste sotto numerosi aspetti, rendendone illegittimo l'uso nella motivazione.

Innanzitutto, similmente allo stereotipo anche le massime di esperienza costituiscono generalizzazioni tratte con procedimento induttivo⁵⁵.

Altrettanto similmente allo stereotipo, che implica la nozione di *normale* e di *verosimile*, anche la massima di esperienza viene formulata sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*, generalmente riconosciuto in un determinato contesto sociale e culturale, in relazione a un gruppo di riferimento, portatore di specifici valori e di precise gerarchie tra di essi.

A differenza dello stereotipo, tuttavia, la massima di esperienza costituisce un giudizio ipotetico a contenuto generale fondato su ripetute esperienze comuni. In sostanza il contenuto delle massime di esperienza è frutto di una verifica tendenzialmente empirica, dunque è verificato ed è sempre verificabile, quindi confutabile. La massima di esperienza ammette pertanto la possibilità di confronto con informazioni contrarie che abbiano registrato una diversa base empirica, maggiormente o altrettanto verosimile, contraria a quella assunta dalla massima di esperienza. Qualora ciò accada, la massima di esperienza, smentita nel proprio fondamento, può esser abbandonata come criterio di inferenza⁵⁶.

⁵⁴ Secondo Aristotele le massime di esperienza sono, appunto, affermazioni «*di carattere universale*» e hanno per oggetto concetti generalmente accettati da chi sta ascoltando sulla base di un accordo (l'uditorio). Cfr., ARISTOTELE, *Retorica*, II, 21, 1394a, Milano, 2010, 229.

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 28.5.2014, n. 36430, Schembri; Cfr. altresì, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Milano, 2013, 316; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 51-105, 183-189; A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

⁵⁶ Cfr. F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 323-324 a proposito delle massime di esperienza errate e abbandonate, nonché di quanta elaborazione personale da parte del giudice vi sia nella generalizzazione del senso comune; cfr. altresì Cass. pen., sez. IV, 13.4.2018 n. 22790, secondo la quale «*il ricorso al criterio di verosimiglianza e alle massime di esperienza conferisce al dato in esame il valore di prova se può escludersi plausibilmente ogni spiegazione alternativa che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile*»; nello stesso senso, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 29.11.2011 n. 5905;

Lo stereotipo costituisce, al contrario, un criterio di inferenza basato su massime di esperienza arbitrarie, prive di qualunque statuto epistemico e pertanto illegittime, impermeabile a prove contrarie. Lo stereotipo non consente che sia verificata “ogni spiegazione alternativa che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile”, impedendo che, a fronte di “una ricostruzione dei fatti [che] risulti astrattamente possibile, qualunque inverosimile”, siano “ammesse le prove volte a dimostrare che nella realtà era accaduto proprio ciò che appariva inverosimile”⁵⁷. L'offerta di un accordo universale con l'uditorio, la circolarità *atto-persona-atto*, la polarizzazione della persona offesa sulla dicotomia *vizi-virtù*, rendono lo stereotipo chiuso all'ingresso di informazioni contrarie e proprio tale impermeabilità ne consente la sua stabilità e immutabilità nel tempo. Sotto questo profilo lo stereotipo è una *species* del più ampio *genus* della congettura, caratterizzata, com'è noto, dalla formulazione di una mera ipotesi appartenente all'ordine delle possibilità, «*insuscettibile di riscontro empirico e quindi di dimostrazione*»⁵⁸. Anche nello stereotipo, come nelle congetture, non è consentita una verifica empirica, cosicché esso si sottrae ai procedimenti di verifica e di falsificazione e, pertanto, al contraddittorio⁵⁹. Da ciò discende la ragione per la quale lo stereotipo non può trovare ingresso nella concatenazione logica dei sillogismi in cui si sviluppa la motivazione.

Lo stereotipo costituisce dunque un criterio di inferenza illegittimo, tramuta l'argomento in un convincimento, non verificabile e non confutabile e dunque apodittico, con conseguente vizio di motivazione ex art. 606, c. 1, lett. e) c.p.p.⁶⁰.

10. Riflessioni conclusive.

Se, com'è noto, il controllo sulla motivazione è finalizzato a verificare se le conclusioni cui è giunto il giudice costituiscano l'esito di sillogismi stringenti e di massime di esperienza verificate e sempre verificabili, ebbene qualora queste ultime in realtà siano meri stereotipi, ne resterà direttamente viziata la motivazione.

Lo stereotipo, infatti, offre modelli comportamentali privi del requisito della *appropriatezza*, in quanto imprecisi e ipotetici e della *plausibilità*, in quanto fondati sull'assunto che esista una immutabile relazione tra specifiche condotte e specifiche qualità della persona, secondo una visione deterministica delle condotte umane, che fanno assomigliare la persona «*a una cosa, con le sue proprietà determinate una volta per tutte*» e «*si oppone alla sua libertà, alla sua spontaneità, alla sua facoltà di cambiare*»⁶¹. La persona possiede, come soggetto libero, quella spontaneità, quella continua apertura al possibile del sé, mai definibile una volta per tutte e che fanno dell'uomo e delle sue azioni un oggetto di studio *sui generis* nell'ambito delle scienze umane. Come scriveva Sartre, «*l'angoscia rivela alla nostra coscienza la nostra libertà*

Cass. pen., sez. VI, 22.10.2014, n. 49029.

⁵⁷ Benché risalente, è estremamente chiara sul punto Cass. pen., sez. VI, 27.4.1995, n. 4668.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 9.12.2020, n. 11675, nonché Cfr. S.U., 17.10.2006, n. 10251.

⁵⁹ In senso analogo, cfr. F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 329: «*I criteri di senso comune sono insidiosi. Perché processualmente essi funzionano come il notorio. Quindi si sottraggono alla prova e al contraddittorio*».

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, 311.

e testimonia la costante modificabilità del progetto iniziale. In tal modo siamo costantemente impegnati nella scelta di noi stessi e costantemente consapevoli di poter bruscamente rovesciare la scelta e invertire la rotta»⁶².

La ricerca dell'Istat ci consegna la descrizione di un contesto sociale e culturale ancora denso di stereotipi di genere. In condizioni così difficili accade che quando ci imbattiamo in essi talvolta ci sentiamo di invocare la buona fede e di dispensarci da un'analisi riflessiva che ci costringa a guardare come gli stereotipi funzionino nell'argomentare e nel persuadere. A tale studio dobbiamo, al contrario, costringerci, perché solo in tal modo comprenderemo la struttura degli stereotipi di genere e, pertanto, il loro punto debole. Osserveremo così che sono vulnerabili proprio in ciò che appare essere il fulcro più resistente: l'accordo con l'uditorio universale. Questo accordo si fonda su premesse (come quelle elencate nello studio dell'Istat) che in fondo sono espressione di un inconscio collettivo, di un implicito culturale di tipo androcentrico in una determinata società. È evidente dunque che solo agendo su quest'ultima, culturalmente e su più fronti, sarà possibile disinnescare l'efficacia persuasiva dello stereotipo. Rendendo le premesse offerte non più riconosciute dalla generalità dei consociati, agendo sugli impliciti culturali di genere, intervenendo con mutamenti radicali nel gruppo sociale dominante di riferimento, mutandone i valori e la loro gerarchia, varieranno le nozioni di *tipico* e di *verosimile* adottate dallo stereotipo.

Diversamente lo stereotipo continuerà a rafforzare le giustificazioni delle differenziazioni sociali, economiche e giuridiche tra uomo e donna, rendendo insuperabile quella "*linea di demarcazione mistica*" di cui parlava Virginia Woolf e continuerà a ignorare che la libertà dell'uomo esclude qualsiasi forma di determinismo e automatismo tra condotte e qualità della persona. La motivazione della sentenza, che dovesse adagiarsi sullo stereotipo, continuerà dunque a non confrontarsi con tale libertà, tramutandosi in un rito vuoto dell'argomentazione.

⁶² J.-P. SARTRE, *L'essere e il nulla*, Milano, 1975.

L'ESTENSIONE ANALOGICA DELLE SCUSANTI: LE SEZIONI UNITE SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 384, CO. 1 C.P. AL CONVIVENTE MORE UXORIO

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 16 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381
Presidente Cassano, Relatore Fidelbo

Flavia Miccoli*

Sommario: **1.** Ricostruzione della vicenda. – **2.** I due orientamenti precedenti alle Sezioni Unite. – **3.** La posizione “di rottura” adottata dalle Sezioni Unite.

Abstract

Il presente contributo analizza la recente Sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cassazione Penale, Sezioni Unite, 16 marzo 2021 – ud. 26 novembre 2020 – n. 10381 Presidente Cassano, Relatore Fidelbo), la quale ha affermato l'applicabilità dell'art. 384 comma 1 cp anche al convivente di fatto. La norma è stata al centro di un annoso dibattito, sia in ordine alla sua natura giuridica, sia rispetto alla definizione del relativo perimetro applicativo. In ordine a questo secondo punto, la Cassazione ha adottato una posizione innovativa rispetto agli orientamenti espressi in precedenza, ammettendo l'applicabilità dell'art. 384 comma 1 cp al convivente more uxorio non già ricorrendo allo strumento dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata ma per il tramite dell'analogia. La norma infatti, in quanto causa di esclusione della colpevolezza (scusante), secondo la pronuncia in commento, non ha natura eccezionale e codifica il principio generale del “nemo tenetur se detegere” e ad “impossibilia nemo tenetur”.

The paper focuses on the recent judgment by the United Division of Italian Court of Cassation n. 10381/2020, which found that art. 384, par. 1 of Italian Criminal Code can be applied also to de facto cohabitant. The provision has been at the centre of a long-standing debate, concerning both its legal nature – deemed as a criminal excuse also in the light of Court of Cassation ruling – and its subsequent scope of application. With regard to this second aspect, the Court of Cassation has adopted an innovative position compared to the previous case-law, recognising the applicability of art. 384 par. 1 of the Criminal Code to the de facto cohabitant not through the constitutionally and conventionally-oriented interpretation, but by analogy. The norm excludes, indeed, the criminal culpability, therefore it does not have exceptional nature and it applies the general principles “nemo tenetur se detegere” and “ad impossibilia nemo tenetur”.

* Dottoressa in giurisprudenza, abilitata alla professione forense.

1. Ricostruzione della vicenda.

Con la sentenza in commento, la Cassazione a Sezioni Unite mette un punto all'annosa vicenda della controversa applicabilità dell'art. 384 comma I al convivente di fatto, confermando l'applicabilità dell'istituto anche nei confronti di quest'ultimo.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza del 19 dicembre 2019 (dep. 17 gennaio 2020), n. 1825, Pres. Costanzo, Rel. Capozzi. La VI Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito di diritto «se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. sia applicabile al convivente *more uxorio*». La Sezione rimettente, dopo aver brevemente ripercorso il contrasto esistente, evidenzia l'importanza di dirimere un conflitto che involge lo stesso esercizio della funzione nomofilattica – in ordine a presupposti, contenuti e limiti – svolta dalla Corte.

Da tempo, la fattispecie di cui all'art. 384 c.p. è al centro di un acceso dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. La problematica relativa ai limiti concernenti la sua applicazione ha, infatti, visto l'intervento sia del Giudice delle Leggi¹, sia della Corte EDU², oltre che del legislatore nazionale che con la legge n. 76 del 2016 (c.d. legge Cirinnà) ha modificato il testo della norma in commento.

La pronuncia a Sezioni Unite trae origine da una sentenza della Corte d'Appello di Cagliari (sentenza del 15 maggio 2019) che, nel condannare l'imputata per il delitto di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p., nega di condividere quell'orientamento che estende anche al convivente *more uxorio* il comma I dell'art. 384 c.p. Nella vicenda in oggetto l'imputata aiutava il convivente, che aveva commesso la contravvenzione e il delitto di cui agli artt. 116, comma 13 e 189, commi 1 e 7 del d.lgs. 285, ad eludere le investigazioni dell'autorità, falsamente dichiarando ai Carabinieri, intervenuti sul luogo dell'incidente, di essere lei stessa alla guida dell'autoveicolo coinvolto nella collisione. L'imputata proponeva ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello deducendo vizio cumulativo della motivazione e violazione dell'art. 603 c.p.c., in ordine alla omessa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale volta ad accertare l'esistenza di un rapporto di convivenza *more uxorio* della ricorrente con il coimputato, in quanto contraddittoriamente affermato in sentenza che tale rinnovazione non era stata oggetto di gravame; oltre che vizio cumulativo della motivazione e inosservanza dell'art. 384 c.p., in relazione alla ritenuta mancata prova dell'esistenza di un effettivo rapporto di convivenza tra i coimputati.

2. I due principali orientamenti precedenti alle Sezioni Unite.

L'art. 384 c.p., rubricato "Casi di non punibilità", sancisce al comma I, la non punibilità di chi commette determinati reati contro l'amministrazione della giustizia³, al fine

¹ Cfr. Corte cost., n. 121 del 2004 <https://www.giurcost.org/decisioni/2004/0121o-04.html> e Corte cost., n. 140 del 2009 <https://www.giurcost.org/decisioni/2009/0140s-09.html>;

² Si veda sul punto C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, in www.echr.coe.int.

³ Il comma I dell'art. 384 c.p. prevede la non punibilità, *expressis verbis*, per i delitti di cui agli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378. L'elenco contenuto nella fattispecie in commento è pacificamente ritenuto tassativo. Proprio la Corte di

“di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”. La definizione di prossimo congiunto, trova declinazione nell'art. 307 comma IV c.p.⁴, norma definitoria che, nell'elencare tali soggetti, non menziona il convivente di fatto. È interessante sottolineare che nella fattispecie di cui all'art. 384 c.p. appare presente una incoerenza di fondo: mentre il comma II dà rilievo, seppure indirettamente, ai conviventi altrettanto non può dirsi per il comma I. Il comma II nel garantire l'impunità per determinati delitti contro l'amministrazione della giustizia a chi “non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimonia, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione” richiama l'art. 199 c.p.p. L'ordinamento processuale, per il tramite dell'art. 199 c.p.p., riconosce la facoltà di astensione dalla deposizione non solo ai prossimi congiunti ma anche ai conviventi. Nella medesima fattispecie, quindi, da un lato non viene data rilevanza espressa al convivente (art. 384 comma I c.p.), dall'altro, seppure indirettamente, se ne dà considerazione (art. 384 comma II c.p.)⁵.

Rilevanti criticità sono sorte in ordine alla natura giuridica della fattispecie in esame. Secondo un primo orientamento la stessa costituisce una causa di esclusione dell'antigiuridicità, riconducibile, dunque, al novero della causa di giustificazione⁶. A

Cassazione, infatti, ne ha escluso la possibile applicazione al di là delle ipotesi contemplate. Si vedano tra le altre, Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 1966, n. 2397, Rv. 104528, in cui la Corte ha ritenuto inapplicabile la norma in esame al delitto di calunnia, e Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1989, n. 2117, Rv. 183347 che ha similmente statuito in ordine al delitto di falso giuramento della parte. Tale assunto pare ulteriormente avallato dalla Corte Costituzionale (V. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 2000, in *Giur. Cost.*, 2004, 2052) che ha ritenuto “non manifestamente irragionevole” la scelta del Legislatore di includere determinate fattispecie, piuttosto che altre, nell'ambito applicativo dell'esimente.

⁴ Art. 307 comma IV cp “Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole”.

⁵ Sul punto è stato criticamente osservato che tale discrasia “può ben rappresentare la punta dell'iceberg dell'incoerenza, poiché nel primo comma, immutato dall'origine per quanto qui interessa, ricorre la menzionata nozione di prossimi congiunti e quindi i conviventi sono esclusi, ma nel secondo comma, che ha subito modifiche recenti, la legge si riferisce anche ai conviventi tramite il richiamo alla sopra indicata ipotesi di coloro che hanno facoltà di astenersi dal deporre”, cit. S. RIONDATO, *famiglia, unione civile e convivenza nel diritto penale italiano*. Relazione tenuta presso la facoltà di Giurisprudenza degli Studi di Milano-Bicocca, V Convegno di facoltà, “Dal diritto di famiglia alla famiglia dei diritti. Tutele civili, penali e processuali”, 15-16 marzo 2007, contenuto in http://www.riondato.com/RIONDATO_Famiglia_un_civ_conv_nel_dir_pen_it_3_2007.pdf p. 5.

⁶ Per tale impostazione dottrinale G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 635; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XV ed. a cura di C.F. GROSSO, II, Milano, 2008, 238; G. RUGGIERO, *Profilo sistematico della falsità in giudizio*, Napoli, 1974, 275; E. MEZZETTI, “*Necessitas non habet legem*”? *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 99; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2003, 568 ss.; M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959. Nello stesso senso in giurisprudenza (Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 15101 del 31 marzo 2003; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 8632 del 27 luglio 1995; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 4066 del 22 marzo 1980; Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 1991, n. 3503, Rv. 187227);

sostegno di questa tesi si invoca la volontà storica del legislatore del '30. Consultando i lavori preparatori, infatti, l'art. 384 c.p. viene qualificato quale *species* del più ampio *genus* dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.

L'art. 384 comma I c.p. ricalca, infatti, lo schema dell'art. 54 c.p., anche a livello letterale, tanto che lo stesso dovrebbe considerarsi un'ipotesi speciale di stato di necessità. Inoltre, terzo argomento alla base di questa teoria, è la logica che sta dietro questa norma: come accade quando si ha a che fare con le cause di giustificazione, anche dietro questa norma vi è un bilanciamento di interessi. Il legislatore a monte ha condotto un bilanciamento tra interessi e lo ha risolto prediligendo la tutela delle ragioni della famiglia, rispetto alla corretta amministrazione della giustizia.

Secondo un altro orientamento, da sempre prevalente in dottrina⁷ e ad oggi prevalente anche in giurisprudenza⁸, il comma I dell'art. 384 c.p. dovrebbe essere qualificato in termini di scusante, appartenendo al *genus* delle cause di esclusione della colpevolezza. Muovendo da tale prospettiva, non viene elisa l'antigiuridicità, il fatto rimane pur sempre antiggiuridico, venendo meno invece la colpevolezza, con conseguente impossibilità di muovere un rimprovero nei confronti del soggetto agente. In questi casi cioè non è esigibile da parte dell'ordinamento il rispetto del precetto, non è possibile pretendere che il soggetto agisca *aliter*. Questa tesi fa leva sulla *ratio* dell'art. 384 c.p. in forza del quale l'ordinamento, infatti, rinuncia a punire il congiunto in quanto non rimproverabile: difetta la colpevolezza, restando ferma l'antigiuridicità. Un confronto strutturale tra l'art. 54 c.p. e l'art. 384 c.p. rende inoltre evidente una sostanziale differenza: mentre le cause di giustificazione operano oggettivamente, come avviene nel caso dell'art. 54 c.p. per cui è sufficiente che la situazione di necessità sussista oggettivamente e non è necessario che sia conosciuta dall'agente, nel caso dell'art. 384 c.p. la legge richiede una adesione psicologica, la fattispecie si può applicare solo se il soggetto è consapevole che quella condotta sia posta in essere al fine di preservare l'onore o la libertà del prossimo congiunto, mentre le cause di giustificazione operano oggettivamente come si evince dall'art. 59 comma I c.p. Non sembrerebbe d'altronde possibile immaginare un bilanciamento di interessi, come accade quando viene in rilievo una causa di giustificazione, in quanto questi interessi non possano essere soggetti a bilanciamento. Sul piatto della bilancia si contrappongono, infatti, da un lato onore/libertà dei prossimi congiunti, dall'altro l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia. Tale ultimo interesse, in ragione della sua importanza, non può essere recessivo rispetto al diverso interesse che viene in rilievo. Inoltre, ed a maggior ragione, i due interessi non appaiono

⁷ In questo senso M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 61 ss.; G. CONSO, *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, 176 ss.; V. GREVI, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, 105 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. a cura di P. NUVOLONE, V, Torino, 1982, 749 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 1993, 134 ss.; in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, 599 ss. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, 376 ss.; ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. Dir. e proc. Pen.*, 1989, 178 ss.

⁸ In giurisprudenza si veda, Cass. pen., sez. VI, 20 novembre 2003, n. 44743, Rv. 227332; Sez. Un., 29 novembre 2007, n. 7208, Rv. 238384, Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1994, 1589.

comparabili in quanto troppo eterogenei. Sembra pertanto preferibile far leva sull'importanza data dal legislatore alla particolare situazione soggettiva nella quale versa l'agente, che rende *inesigibile* un comportamento diverso e conforme alla norma, pur rimanendo inalterato il disvalore oggettivo del fatto tipico⁹. Attenta dottrina ha sottolineato, che non sembra rinvenibile un rapporto di specialità tra la fattispecie di cui all'art. 54 c.p. e quella di cui all'art. 384 c.p. Secondo i principi che regolano il rapporto norma generale-norma speciale, l'esimente speciale (art. 384) dovrebbe, infatti, contenere tutti i requisiti richiesti dall'art. 54 e inoltre uno o più elementi specializzanti, mentre l'unico elemento anche solo testuale comune alle due disposizioni è la formula «*costretto dalla necessità di salvare*»¹⁰.

Tanto appare confermato dall'assenza dei due requisiti indefettibili dell'art. 54 c.p., ossia la proporzione e la non volontaria causazione del pericolo¹¹, opinando diversamente si assisterebbe ad un'ingiustificabile analogia in *malam partem*¹².

In dottrina¹³ è stata sostenuta una terza tesi, che è quella della causa di non punibilità in senso stretto (mai accolta in giurisprudenza). Nell'ipotesi contemplata dalla norma, la situazione è tipica, antigiuridica e colpevole, ma il legislatore per ragioni di opportunità rinuncia alla punizione. Questa tesi è minoritaria e fa leva soprattutto sul dato letterale. La rubrica dell'art. 384 c.p. testualmente è intitolata "*casi di non punibilità*". Tale tesi non sembra convincente, il legislatore del '30 utilizza spesso il termine "non punibile" o "non punibilità" in senso atecnico, prova ne è che quando entrano in gioco alcune cause di giustificazione, che sono pacificamente tali, il legislatore espressamente nella formulazione della norma sancisce che il soggetto "non è punibile". Esempio tipico è l'art. 52 c.p. che è pacificamente una causa di giustificazione, e che nella formulazione del precetto utilizza il termine "non punibile", ma mai se ne è sostenuta la natura di causa di non punibilità. In questi casi appare evidente che quando il legislatore utilizza il termine "non punibile" non si riferisce sempre alla categoria delle cause di non punibilità. Stesso discorso vale anche per l'art. 51 c.p., che è anch'essa indiscutibilmente una causa di giustificazione.

⁹ E. DOLCINI - G. MARINUCCI, diretto da E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo II artt. 314-592, Edizione IV, *Commentari Ipsa*, 2015, Milano, 1242 e ss.

¹⁰ Così P. SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, 675 ss., il quale sottolinea come "*il punto decisivo che differenzia le due ipotesi prima ancora che sul piano normativo, su quello etico-sociale, è dato invero dal fatto che l'azione di salvezza di cui al 384 deve estrinsecarsi solo in favore dell'agente o di un suo prossimo congiunto, mentre l'art. 54 c.p. scrimina altresì il c.d. soccorso di necessità, a favore di chiunque. Sembra evidente che questa diversità di struttura normativa non si può non ricollegare ad una diversità di natura e di fondamento giuridico e conseguentemente ad una diversità di disciplina dei due istituti*".

¹¹ In questo senso P. SUCHAN, *op. cit.*, 675; Grosso, *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, 215; in giurisprudenza: *Cass. pen.*, sez. V, 11 novembre 1970, Vitti, in *Gius. pen.*, 1971, c. 578.

¹² Non mancano opinioni in senso contrario, soprattutto in alcune risalenti pronunce giurisprudenziali, tra le altre *Cass. pen.*, sez. III 3 giugno 1957, Lipari, in *Giust. pen.*, 1958, II, c.20, *Cass. pen.*, sez. I, 15 novembre 1968, Garaffo, in *Giust. pen.*, 1969, II, c. 839.

¹³ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, volume I, IV ed., Bologna, 2008, 414; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.; Id., "*Meritevolezza di pena*", "*bisogno di pena*" e teoria del reato, ivi, 1992, 9 ss.

Tanto chiarito in ordine alla natura giuridica del primo comma¹⁴, l'affermazione sempre maggiore della famiglia di fatto come fenomeno socialmente rilevante e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, ha posto il problema dell'estensibilità dell'art. 384 comma I c.p. anche al convivente *more uxorio*.

Sul punto sono state sostenute due tesi, ripercorse entrambe dalla Sezione Unite nella sentenza in commento, che preso atto del contrasto a cui appaiono sottesi rilevanti beni giuridici (da un lato la famiglia nelle sue dinamiche espressioni, e dall'altro l'amministrazione della giustizia) ha percorso una strada interpretativa nuova, e di rottura, rispetto alle tesi in campo fino a questo momento.

Secondo un primo orientamento, prevalente fino alla pronuncia delle Sezioni Unite, la "causa scriminante o scusante" non sarebbe applicabile ogniqualvolta entri in gioco la convivenza di fatto. Primo argomento a sostegno di questa tesi è che la fattispecie *de qua* sia norma eccezionale. Se si considera l'art. 384 comma I c.p. quale scusante, essa è norma eccezionale, ed in quanto tale, non si può estendere in analogia (pur trattandosi in questo caso di analogia in *bonam partem*) pena la violazione del divieto di analogia previsto tanto per le norme penali in generale, quanto per quelle eccezionali in particolare, ai sensi dell'art. 14 Preleggi. Ovviamente lo stesso discorso vale se si aderisce alla tesi per cui all'art. 384 comma I c.p. costituisce causa di non punibilità. Diverso e più complesso appare il discorso se si accede alla tesi

¹⁴ Si noti che l'art. 384 c.p. ha posto e pone da tempo innumerevoli profili di problematicità. Seppure non oggetto di questa sentenza, controversa è anche la natura giuridica del secondo comma. Per una prima tesi, il comma II sarebbe una causa di esclusione della tipicità, mancherebbe un elemento oggettivo del reato. Tale tesi è prevalente in dottrina, in quanto i reati richiamati sono tutti reati propri e nei reati propri la qualifica appartiene alla fattispecie oggettiva. I reati in oggetto sono configurabili solo in quanto il soggetto sia legittimamente sentito come testimone. In questo senso tra gli altri VASSALLI, *Causa di non punibilità*, in *Enc. del Dir.*, VI, Milano 1960, 609. Secondo un'altra tesi, si tratterebbe invece di una causa di non punibilità, qui il fatto è tipico anti-giuridico e colpevole ma non punibile, perché il legislatore per ragioni di opportunità decide di non punire. Si veda in questo senso, GALLO, *Il falso processuale*, in *Studi penalistici*, Padova, 1973. Ulteriore problema si è posto in relazione al concorso di persone nel reato. L'ipotesi oggetto di studio è quella in cui un soggetto spinga un altro a rendere falsa testimonianza, e che poi effettivamente quest'ultimo la renda, pur non potendo assumere la veste di testimone. Posto che certamente il soggetto che non poteva assumere la veste di testimone può invocare il 384 comma II, problematico è se il soggetto che lo ha spinto a rendere falsa testimonianza possa concorrere nel reato di falsa testimonianza ex art. 110 c.p. La risposta dipende dalla natura giuridica che si dà al 384 comma II. Se ad esso viene attribuita natura di causa di esclusione della tipicità, è evidente che chi ha spinto a rendere falsa testimonianza non possa concorrere, perché sulla base dei principi generali in tema di concorso persone ex art. 110 c.p., per concorrere è necessario che un reato sia stato commesso, occorre che gli elementi del fatto tipico ricorrano tutti, se non ci sono gli elementi del reato è chiaro che non si possa concorrere in un reato non commesso, qui non è chiaramente un problema di estensione ex art. 119 c.p., il problema si risolve con il 110 c.p. Se invece all'art. 384 comma II viene attribuita natura di causa di non punibilità, a rigore sarà configurabile un concorso di persone nel reato, in quanto le cause di non punibilità non si estendono ai concorrenti. Di recente la Cassazione (Cassazione penale sez. V n. 18110/2018), in un caso analogo ha ritenuto l'imputato non punibile, invocando l'art 111 c.p., che è norma sull'autoria mediata. La Cassazione sembra quindi aver aderito implicitamente alla tesi della causa di non punibilità.

della causa di giustificazione¹⁵, posto che non è pacifica l'applicazione analogica di tale fattispecie.

Vi è poi un secondo argomento: l'art. 384 c.p. nel riferirsi ai prossimi congiunti fa riferimento all'art. 307 c.p. che, come accennato, chiarisce cosa si intende per prossimi congiunti. L'elenco non menziona il convivente di fatto, ed in quanto tassativo non può essere oggetto di applicazione analogica. Se la convivenza di fatto è un fenomeno giuridicamente rilevante, ed è certamente degna di tutela e copertura costituzionale tramite l'art. 2 Cost. in quanto formazione sociale – e tanto può sostenersi anche alla luce della CEDU (e dell'art. 8 in particolare) – è altrettanto pacifico che il legislatore non sia tenuto ad estendere alla convivenza le stesse regole che valgono per il matrimonio. Il legislatore dispone di una discrezionalità molto ampia nel selezionare quali regole siano applicabili ad un determinato tipo di famiglia e quali no, e tale differenziazione non può ritenersi irragionevole. La stessa Corte Costituzionale¹⁶, ed in linea di continuità anche quella di Strasburgo, più volte sollecitata nel prendere posizione sulla questione della mancata previsione del convivente tra i destinatari della scusante di cui all'art. 384 comma I c.p., ha sempre risposto negativamente dichiarando la questione manifestamente infondata o rigettandola. Per la Corte, stante la rilevanza indiscussa della famiglia di fatto entro la quale si esplica la personalità dei singoli individui del gruppo – tutelata per il tramite dell'art. 2 Cost. – il *favor* riconosciuto dall'art. 29 Cost.¹⁷ alla famiglia fondata sul matrimonio, giustifica pienamente il trattamento differenziato che il legislatore discrezionalmente riserva alle due tipologie di formazioni sociali. È chiaro che non sussiste per il legislatore un obbligo di applicare alla convivenza di fatto le stesse regole che valgono per il matrimonio. Appare evidente la differenza giuridica, sociale e fattuale tra le due famiglie: la famiglia fondata sul matrimonio appare sorretta da maggiore cogenza rispetto alla famiglia di fatto che si fonda su una *affectio* scollegata da un atto formale cui ricondurre la riconoscibilità del rapporto. Ulteriore argomento a favore di tale tesi è la legge n. 76 del 2016 (c.d. legge Cirinnà). Tale legge ha codificato altri due tipi di famiglie oltre alla famiglia fondata sul matrimonio, ossia la famiglia fondata sull'unione civile tra persone dello stesso sesso e quella tra persone di sesso diverso. Lo stesso legislatore nel diritto penale ha esteso l'art. 384 c.p. alla parte dell'unione civile, in questo senso la non menzione del convivente *more uxorio* dovrebbe essere letta quale frutto di una scelta puntuale del legislatore, in ossequio al brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*". Sembrerebbe dunque che il legislatore, nel fare questo, abbia voluto tenden-

¹⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCIN, *Manuale di diritto penale, parte generale*, ed. VIII, 84, ritengono che il divieto sancito dall'art. 14 delle Preleggi non abbraccia le norme che prevedono cause di giustificazione. Queste ultime, infatti, non sono norme penali, trattandosi di norme con finalità proprie, situate in ogni luogo dell'ordinamento, né possono considerarsi norme eccezionali, perché anzi sono espressione di altrettanti principi generali dell'ordinamento. Contra P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 33 ss.

¹⁶ Tra le altre Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, 81

¹⁷ Per una visione critica dell'impostazione dicotomica fatta propria dalla Corte Costituzionale, per cui la famiglia di fatto sarebbe tutelabile solo tramite l'art. 2 Cost., mentre la famiglia di diritto per mezzo dell'art. 29 Cost. si veda A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Dir. fam. pers.*, fascicolo III, 2015, 1027 ss., che ne sottolinea l'anacronismo.

zialmente equiparare l'unione civile al matrimonio, non anche la convivenza di fatto. Sarebbe dunque che il legislatore, nel fare questo, abbia voluto tendenzialmente equiparare l'unione civile al matrimonio, non anche la convivenza di fatto, non appare pertanto possibile disconoscere questa volontà del legislatore. Non sembra possibile per l'interprete estendere l'art. 384 c.p. al convivente se non contraddicendo per questa via la *littera legis*.

Secondo un diverso orientamento¹⁸, invece, il 384 c.p. potrebbe essere applicato anche al convivente *more uxorio*. Secondo questa tesi, infatti, occorre sottoporre le vetuste disposizioni che fanno riferimento genericamente al prossimo congiunto (tra cui lo stesso 384 c.p.), ad un'operazione di interpretazione evolutiva nonché costituzionalmente orientata. In questo senso, anche l'art. 307 c.p. deve essere oggetto della medesima operazione interpretativa evolutiva, costituzionalmente orientata ed anche convenzionalmente orientata – posto che anche la CEDU dà tutela non solo al matrimonio ma anche alle formazioni sociali diverse dai matrimoni – alla luce del mutato contesto giuridico sociale. Negli ultimi anni la giurisprudenza¹⁹ sempre più di frequente ha sostenuto la teoria dell'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*. La via scelta a tal fine non è stata – almeno fino a questo momento – quella dell'analogia²⁰, ma quella – come già accennato sopra – dell'interpretazione estensiva, evolutiva e costituzionalmente orientata. Tale soluzione interpretativa sarebbe confermata da una serie di scelte operate dal legislatore, ma suggerite *ex ante* dalla giurisprudenza di legittimità, come nel caso dell'art. 572 c.p. Il legislatore con l. n. 172 del 2012 ha esteso l'area della punibilità, modificando la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. a partire dalla rubrica della norma che oggi recita “*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*”²¹, includendo tra i soggetti passivi del reato i conviventi, tra cui rientra

¹⁸ Sul punto Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Cass. pen.*, 1987, p. 174, con nota di G. LUCCIOLI, *La famiglia di fatto di fronte alla Corte costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, ivi, 681, secondo cui “l'art. 307, comma quarto racchiude la nozione positiva di prossimo congiunto con una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale”; nello stesso senso, con riferimento al rapporto fra il concetto di prossimi congiunti espresso dall'art. 307 e le norme legislative che rimandano al rapporto di affinità, *Cass. pen.*, sez. II, 8 aprile 2010, n. 19668, Rv. 247119. In dottrina M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572 ss.

¹⁹ Uno dei primi esempi, seppure in un *obiter dictum*, è *Cass. pen.*, sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 22398, Rv. 229676. Su tale pronuncia v. G. LEO, *Convivenza “more uxorio” e casi di non punibilità dei reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 421 ss. Più di recente ed in modo più netto si veda *Cass. pen.*, sez. II, 21-30 aprile 2015, n. 34147.

²⁰ È d'uopo sottolineare che secondo una parte della dottrina, seppure minoritaria, sul presupposto per cui le cause di esclusione della colpevolezza, basate sulla logica dell'inesigibilità, codificherebbero il principio non eccezionale del *nemo tenetur se detegere*, sarebbe possibile sostenere l'applicazione in via analogica della norma di cui all'art. 384 comma 1 c.p. La logica sottesa a tale impostazione è quella del carattere non eccezionale di tale norma, riconducibile al principio generale di inesigibilità presente nel nostro ordinamento. In questo senso A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?*, 93-94.

²¹ Prima dell'intervento della l. n. 172 del 2012 tale disposizione era rubricata “*Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*” e recitava: “*Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o*

chiaramente il convivente *more uxorio*. Tuttavia, già prima di tale intervento legislativo, era pacifica in giurisprudenza²² la possibilità di tutelare anche il convivente per il tramite della norma in esame. Il concetto di “famiglia”, contenuto nell’art. 572 c.p., era (è), infatti, da intendere come riferito ad ogni consorzio di persone stabilmente legato da relazioni e abitudini di vita “*tra le quali (...omissis) siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo*”²³. In questo senso, non sembrerebbe conferente l’argomento per cui l’assenza di un espresso riferimento renderebbe impossibile l’applicazione anche del 384 c.p. ai conviventi pur non espressamente menzionati, posto che tale operazione ermeneutica è stata percorsa già in passato dalla giurisprudenza rispetto ad altre fattispecie. Un simile percorso interpretativo è stato, infatti, posto alla base dalla rilettura della causa di non punibilità prevista dall’art. 649 c.p. ad opera della giurisprudenza²⁴, che ha posto sotto l’egida di tale fattispecie il convivente.

Una riscrittura dello statuto penale della famiglia sembrerebbe, inoltre suggerito dalle linee tracciate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che concepisce la famiglia in un’ottica dinamica, caratterizzata da un intrinseco polimorfismo, e non come un istituto cristallizzato entro le rime di una “tela immutabile”. Tanto appare testimoniato dall’art. 8, Paragrafo 1 CEDU – volto alla tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare – ai fini della cui applicazione è ininfluente che il legame familiare sia ufficializzato da un negozio solenne quale l’accordo matrimoniale.

Emerge dunque la necessità di sottoporre tutta una serie di norme, ad una interpretazione costituzionalmente orientata e convenzionalmente orientata. Queste disposizioni vanno lette alla luce dell’art. 2 e 3 della costituzione e dell’art. 8 CEDU, onde evitare che venga marginalizzata o non tutelata adeguatamente la convivenza è necessario estendere la nozione di prossimo congiunto anche al convivente. Tale tesi fa leva, inoltre, sulla necessità di un’interpretazione evolutiva. Le norme rilevanti in tema di “prossimi congiunti” sono, infatti, figlie di un contesto storico radicalmente diverso: il codice Rocco del 1930, è il prodotto di una società in cui la famiglia fondata sul matrimonio rappresentava l’archetipo della famiglia e pertanto l’unica degna di tutela.

La stessa legge n. 76/2016, ad una prima lettura, si presenta quale “Giano Bifronte”. Se infatti da un lato la stessa potrebbe restituire l’idea di una scelta precisa del legislatore di escludere i conviventi, dall’altro potrebbe prestarsi quale aggancio normativo per affermare il sempre maggior valore riconosciuto a forme di legami familiari stabili che, secondo il sentire sociale, lo stesso legislatore sente l’esigenza di regolare. È l’evoluzione sociale che, proprio per il tramite dell’art. 2 della Costituzione, quale trasformatore permanente, consente di dare copertura normative a “nuovi” beni di emersione sociale. La legge 20 maggio 2016 n. 76, che ha dato copertura normativa all’unione civile tra persone dello stesso sesso, ha fornito una regolamentazione

custodia, o per l’esercizio di una professione o di un’arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni”.

²² Si veda tra le altre Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, Rv. 239726.

²³ Così espressamente Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, Rv. 239726 come sopra citata.

²⁴ Cass pen., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, Rv 244692.

anche per le convivenze di fatto. Tanto è stato sottolineato dalla giurisprudenza²⁵ che, pur prendendo atto che il coordinamento in ordine alle ricadute penalistiche della nuova disciplina è avvenuto espressamente solo per le unioni civili mediante l'inclusione di tale nuova formazione sociale – per il tramite del d.lgs. n. 6 del 2017 – nella nozione di prossimi congiunti, senza prevedere un simile coordinamento con il fenomeno della convivenza *more uxorio*, ha ritenuto di non poter attribuire ai “silenzi” del legislatore sulla convivenza di fatto, il valore di un ostacolo insormontabile tale da impedire l'estensione della disciplina che si ricava dal quadro storico evolutivo e normativo della disciplina, anche alla convivenza, in ordine all'equiparazione tra la figura del convivente e quella del coniuge. Secondo tale filone giurisprudenziale, una diversa impostazione, fondata sul solo dato formalistico, apparirebbe ad oggi anacronistica e foriera di profili di incerta compatibilità costituzionale – quantomeno con riferimento agli effetti in *bonam partem* – in ordine alla disparità di tutele riconosciute alla parte dell'unione civile rispetto al convivente di fatto.

3. La posizione di rottura adottata dalle Sezioni Unite.

Ripercorsi i due orientamenti fino ad oggi esistenti, le Sezioni Unite hanno ritenuto applicabile l'art. 384 c.p. comma I c.p. anche al convivente *more uxorio*, recependo in parte le argomentazioni utilizzate in precedenza da dottrina e giurisprudenza²⁶, ed allo stesso tempo proponendo un nuovo e diverso angolo prospettico. Il punto saliente di tale pronuncia attiene al superamento dell'impostazione, condivisa da entrambi gli orientamenti (contrapposti) fino ad ora illustrati (seppure con impostazioni chiaramente differenti), per cui la norma contenuta dell'art. 384 comma I c.p. sarebbe norma eccezionale. La stessa ordinanza di rimessione della VI Sezione, infatti, critica la possibilità di applicare l'art. 384 comma I c.p. al convivente *more uxorio*, in primo luogo proprio sulla base dell'impossibilità di applicare la norma in commento in via analogia, in virtù della sua natura “eccezionale”. Similmente anche la tesi opposta, non fa leva sul concetto di analogia, ma sulla necessità di una interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata. Le Sezioni Unite hanno ritenuto, invece, di rileggere la natura dell'art. 384 comma I c.p., alla luce di una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie, ma valorizzando l'elemento della colpevolezza, nel più ampio scenario delle disposizioni penali che regolano istituti analoghi.

Punto di partenza della diversa impostazione proposta dalla Corte, è la riflessione relativa alla *ratio* sottesa alla scusante di cui all'art. 384 c.p. Nel caso delle scusanti, infatti, l'ordinamento rinuncia a punire un fatto antiguridico, pur commesso con dolo, in ragione delle circostanze peculiari che hanno determinato l'*agere* del soggetto che, influenzando sulla sua volontà, impediscono di pretendere un comportamento diverso. Nel caso specifico dell'art. 384 comma I c.p., tali circostanze attengono all'*affectio*

²⁵ Cass. pen., sez. VI, n. 11476 del 19 settembre 2018, Rv. 275206

²⁶ Le Sezioni Unite hanno fatto particolarmente leva sia sulla sempre maggior rilevanza della convivenza di fatto come fenomeno sociale, sia sulla neutralità del silenzio del legislatore della Cirinnà rispetto alla convivenza di fatto posto che tale scelta potrebbe essere letta nell'ottica di focalizzare la tutele sulle unioni civili, posto che la convivenza di fatto non sono prive di tutela, anzi sono oggetto “di una regolamentazione dovuta, soprattutto, ma non solo, agli interventi della giurisprudenza”.

che lega l'agente ai prossimi congiunti. Ed infatti, come già illustrato, la scusante in commento elide la colpevolezza e non l'antigiuridicità, e trova legittimazione nella particolare situazione soggettiva in cui versa l'agente e che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate dall'art. 384 c.p. Punto centrale del ragionamento illustrato dalla Corte, è proprio il concetto di "inesigibilità" che si lega al particolare stato emotivo in cui si trova ad agire il soggetto. La natura di causa di esclusione della colpevolezza comporta, infatti, che la *ratio* della non punibilità vada analizzata alla luce proprio di questa particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto. Tanto emerge, per differenza, con riferimento alle cause di giustificazione in cui il legislatore non ritiene più sussistente l'antigiuridicità della condotta, mentre nelle scusanti il legislatore, pur in presenza di un fatto che mantiene la propria carica anti-giuridica, dà prevalenza al particolare *status* emotivo che il soggetto si trova a vivere. L'art. 384 c.p., infatti, «tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta "alterato" tanto da poter escludere la colpevolezza attraverso la valorizzazione del coinvolgimento psichico»²⁷ e sulla scorta di tale situazione è lo Stato che abbassa la pretesa statutale, proprio tramite la lente dell'inesigibilità.

Secondo la Corte, posta la natura di scusante della norma in esame, è possibile vagliare l'opzione di ritenere utilizzabile lo strumento dell'analogia in *bonam partem* rispetto all'art. 384 comma I c.p. Posto che è ormai superata l'impostazione che attribuisce al divieto di analogia carattere assoluto²⁸, ossia operante tanto rispetto a norme incriminatrici, quanto rispetto a quelle favorevoli, è necessario comprendere il *telos* sotteso al divieto di analogia. Se da un lato appare chiaro che il divieto di analogia debba essere inteso nell'ottica di garantire la cogenza del comando penale, dall'altro può ritenersi che il fine primario è quello di tutelare la libertà del cittadino, che può essere messa a repentaglio solo dall'applicazione analogica di norme incriminatrici, pericolo che non ricorre ovviamente quando l'analogia interessa norme di favore. Pertanto il divieto di analogia in materia penale, riguarda solo le disposizioni che producono un effetto in *malam partem* per il soggetto, in ossequio a quanto disposto dall'art. 25 cost.

Di particolare rilevanza è la riflessione circa l'ammissibilità di un'interpretazione in *bonam partem* di norme eccezionali, che rappresenta anche uno dei nodi gordiani della vicenda in esame, posto che una delle obiezioni più forti rispetto all'applicabilità dell'art. 384 c.p. comma I al convivente ha trovato fondamento proprio in una risposta negativa in tal senso²⁹. Sono norme eccezionali quelle che derogano ad un principio generale dell'ordinamento³⁰, corollario di tale eccezionalità è l'impossibilità di un'interpretazione analogica della norma. Fermo restando il carattere eccezionale delle cause di non pu-

²⁷ Cass., S.U., 10381/2021, 24.

²⁸ BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1935, il quale sostiene che «Il divieto dell'analogia in materia penale, va quindi, inteso in senso relativo: le norme descrittive di fatti delittuosi e quelle che prevedono una sanzione non possono estendersi oltre i casi espressamente contemplati, mentre le norme che giustificano la lesione di un interesse, che rendono incolpevole o non punibile un fatto non ricadono sotto il divieto predetto e sono passibili di estensione analogica».

²⁹ Sul punto in ordine all'inammissibilità dell'applicazione all'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio* in ragione dell'impossibilità di applicazione analogica di norme eccezionali si veda Corte cost., sent. n 140/2009 in <https://www.giurcost.org/decisioni/2009/0140s-09.html>.

³⁰ Si veda sul punto, GUELI, *Il diritto singolare e il sistema giuridico*, Milano, 1942.

nibilità, che afferiscono ad una valutazione di opportunità operata rispetto alla singola fattispecie di reato, al contrario le cause di giustificazione e quelle di esclusione della colpevolezza, secondo l'opinione espressa dalla sentenza in commento, non avrebbero carattere eccezionale potendo ammettere l'applicazione analogica.

Le scusanti, tra cui rientra l'art. 384 comma 1 c.p., non rivestirebbero natura eccezionale ogni volta che non siano espressione di un principio eccezionale dell'ordinamento³¹, in considerazione del fatto che proprio l'inesigibilità costituirebbe una causa generale di esclusione della colpevolezza. Dalla natura giuridica di scusante dell'art. 384 comma 1 c.p., che attiene all'elemento della colpevolezza e che impedisce di punire il soggetto agente poiché si ritiene inesigibile una condotta diversa, si dovrebbe escludere la natura eccezionale della norma. La stessa, infatti, non introduce una deroga alle norme generali ma può essere oggetto di analogia, non contravvenendo a quanto disposto dall'art. 14 preleggi, proprio perché sintetizza il principio generale del *nemo tenetur se detegere* e ad *impossibilia nemo tenetur*, espressione del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. Tale affermazione è stata da tempo proposta da una parte, seppure minoritaria, della dottrina³² secondo cui le cause di inesigibilità codificherebbero, appunto, il principio di carattere non eccezionale del *nemo tenetur se detegere*, ed in questo senso nulla osterebbe ad un'interpretazione analogica della norma di cui all'art. 384, co. 1 c.p., proprio in virtù del carattere non eccezionale della stessa, espressione di un principio generale immanente nell'ordinamento³³. La scusante in oggetto, codifica il principio generale di inesigibilità di una condotta conforme al diritto. Ci si trova dinnanzi ad un soggetto che commette un delitto fra quelli indicati nella disposizione trovandosi in una situazione di conflitto interiore fra l'obbligo giuridico di collaborare con l'amministrazione della giustizia e il dovere morale di tutelare la propria vita familiare³⁴, condizionandone la libertà di au-

³¹ In senso contrario in dottrina MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 348: "eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore, e non dal giudice in via analogica".

³² Si veda sul punto A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniogo di giustizia" da parte della Corte costituzionale?* in *Giur. cost.*, 1996, 90 ss. Sull'inesigibilità come categoria generale nel diritto penale v. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 353 ss.

³³ Per una diversa ricostruzione in dottrina G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quinta edizione aggiornata da E. Dolcini, GL Gatta, Milano, 2015, 374 ss., per cui le scusanti, a differenza delle cause di giustificazione, sono norme penali, concepite per disciplinare l'imputazione soggettiva del fatto antiggiuridico e tipico all'autore, e devono necessariamente soggiacere alla regola sulla produzione delle norme penali, in primo luogo, la riserva di legge, ed inoltre esso sono il prodotto di una precisa scelta del legislatore, posto che le ragioni sottese all'opportunità di scusare l'autore del reato sono strettamente irrelate a scelte di politica criminale rilevanti in via di eccezione espressa rispetto alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità penale.

³⁴ Si veda M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 61 ss.; G. MAGLIO - F. GIANNELLI, *Problematiche inerenti alla struttura ed alla portata dell'art. 384 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1997, p673 SS.; G. CONSO, *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, p. 176 ss.; V. GREVI, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, 105 ss.; P. SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, 67 ss.; ID., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., 68; G.M. FLICK, *L'esimente speciale dell'art. 384 comma 1 c.p. e l'aggravante generale*

todeterminazione. Una contrapposizione di interessi che rimanda, *mutatis mutandis*, al conflitto sempre latente tra “ragioni di stato” e “sentimento familiare” rappresentato nell’Antigone di Sofocle.

Per la verità l’elaborazione della teoria dell’inesigibilità come *ratio* alla base delle cause di esclusione della colpevolezza è risalente nel tempo³⁵. Secondo autorevole dottrina³⁶ le circostanze di fatto su cui si inserisce la condotta, si ripercuotono sul giudizio di colpevolezza che può essere mosso all’agente, perché in esse si riflette la psiche individuale e si plasma la volontà rispetto al fatto concreto. Chiaro che tali aperture ad elementi personalistici (nel senso della valorizzazione del cosiddetto “foro interno”) sono sempre rimasti ancorati all’impostazione oggettivistica propria dell’ordinamento italiano. Come visto già in precedenza, non poche sono state le obiezioni sollevate della dottrina³⁷ circa l’ammissibilità di un principio generale di inesigibilità, immanente nell’ordinamento, prima tra tutte quella per cui ammettere la scelta di scusare quel che non si può umanamente esigere si pone in tensione con il principio di certezza del diritto, con il rischio di utilizzare quale criterio quello della “fragilità umana” con tutte le conseguenze in ordine all’indeterminatezza legata ad un parametro valutativo così elastico. Ed ancora, a tale impostazione è stata mossa una critica di carattere dogmatico, ossia ritenere che una condotta è inesigibile significa ritenere che non sia dovuta, perché la non esigibilità può avere solo due accezioni: o quale limite obiettivo intrinseco all’azione e a ciò che umanamente è possibile; oppure come limite normativo, ma in questo senso sarebbe solo *prima facie* riferito all’elemento soggettivo. Tali limiti sarebbero in realtà di carattere oggettivo³⁸, perché ciò che rileva non è lo stato psichico in sé, ma il valore attribuito oggettivamente ai motivi. La condotta non più qualificabile come antidoverosa, non è antiggiuridica, perché l’esistenza del dovere è legata ad una valutazione di carattere obiettivo, e l’inesigibilità dovrebbe essere ricondotta alle cause di giustificazione, al pari della legittima difesa, e secondo alcuni allo stato di necessità³⁹.

Tanto posto, la Cassazione utilizza il termine di “scusante” soggettiva, in cui generalmente si fanno rientrare tutte le ipotesi in cui l’agente pur ponendo in essere un fatto antiggiuridico, e finanche con dolo, cosciente di violare la legge, non viene punito poiché è l’ordinamento che decide di astenersi dall’esercitare il proprio potere punitivo

dell’art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 218 ss.; A. CRESPI, *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 675 ss.; A. MANNA, *L’art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, 90 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 353 ss.; *Id.*, “*Nemo tenetur se detegere*” sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.;

³⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, il quale ritiene che “*così, se il soggetto si rappresenta la realtà diversa da come effettivamente essa è, non ci potrà essere colpevolezza in relazione al reato perpetrato, alla stessa guisa di come dovrà escludersi la stessa quando la volontà si sia mostrata priva del potere di autodeterminazione*” cit., 477.

³⁶ G. BETTIOL, *op. cit.*

³⁷ F.VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000.

³⁸ P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.

³⁹ P. NUVOLONE, *op. cit.*, tali critiche rispetto al concetto di inesigibilità in rapporto alle scusanti sono mosse dall’autore, ma si può sottolineare che le cause di giustificazione sono pacificamente considerate norme non penali, per cui rispetto ad esse non si porrebbe il problema dell’analogia in favore del reo.

vo, in ragione delle particolari condizioni in cui l'agente ha orientato il proprio *agere*, e che rendono impossibile la pretesa di un comportamento alternativo.

Sembra potersi evocare, in questo senso, il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., che designa l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere un rimprovero all'agente e che secondo parte della dottrina⁴⁰ richiede: a) dolo, colpa, ovvero dolo misto a colpa; b) conoscenza o conoscibilità della legge penale violata ex art. 5 c.p.; c) capacità di intendere e di volere ed, infine, proprio l'assenza di scusanti (ossia normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto).

Il perimetro applicativo della scusante in esame è, secondo l'opinione prevalente della giurisprudenza, molto stringente e richiede un accertamento puntuale in ordine alla diligenza del soggetto per cui la condotta tenuta deve risultare l'unica concretamente in grado di evitare un grave pregiudizio.

Se l'art. 384 c.p. sottende non tanto la tutela dell'unità familiare, quanto piuttosto il singolo familiare rispetto all'interesse della collettività e dello stato alla punizione, la *ratio* è speculare a quella di cui all'art. 199 c.p.p. Secondo la Corte, infatti, il principio del *nemo tentur se detegere*, riguarda entrambe le norme. Anche nella norma processuale l'oggetto della tutela è l'*affectio*, la giustificabilità del comportamento dell'agente rispetto al conflitto interiore tra rendere la dichiarazione pregiudizievole o non danneggiare il familiare. In questo senso la Corte riprende un argomento già fatto proprio da quella parte della dottrina e della giurisprudenza che avallavano l'estensione dell'art. 384 c.p. al convivente proprio in ragione dell'irrazionale asimmetria tra comma I e comma II dell'art. 384 c.p. Ed infatti, osserva la Corte, che la mancata estensione al convivente della scusante del primo comma, creerebbe un'incoerenza di fondo: da un lato infatti a norma del secondo comma è riconosciuto al convivente il diritto all'avvertimento in funzione dell'astensione di cui all'art. 199 c.p.p., con conseguente non punibilità in caso di omissione; dall'altro invece il convivente non sarebbe tutelato nell'ipotesi di cui al comma prima pur avendo posto in essere un comportamento ritenuto inesigibile. Tale differenza, non può essere legittimata semplicemente sulla base dell'esistenza o meno del vincolo matrimoniale, posto che la logica della scusante è la tutela di un sentimento che prescinde dall'esistenza di un vincolo formale.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni, le Sezioni Unite riconoscono l'estensibilità della scusante soggettiva (non eccezionale) di cui all'art. 384 comma I c.p., al convivente *more uxorio*, proponendo un orientamento assolutamente nuovo nel panorama giurisprudenziale attuale sebbene, come visto, una dottrina minoritaria già da tempo sosteneva la possibilità di un'applicazione analogica delle scusanti.

Sarà interessante osservare quale seguito avrà tale impostazione (seppure in *bonam*), in un ordinamento come il nostro a carattere oggettivista, a differenza di quello tedesco a carattere soggettivista in cui una simile visione ha storicamente sempre trovato spazio.

Solo a titolo esemplificativo tale ragionamento potrebbe essere replicato in altre ipotesi controverse, si pensi all'art. 393-*bis*, o ancora l'art. 599, l'art. 418 comma III o l'art. 307 comma 3 c.p.

⁴⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuela di diritto penale, parte generale*, ed. VI, Milano, 326.

RITUALE DI AFFILIAZIONE E CONDOTTA DI PARTECIPAZIONE: LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

Stefania Tredici*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'ordinanza di rimessione e la questione problematica. – 3. Le criticità strutturali dell'art. 416-bis. – 4. L'evoluzione pretoria sulla condotta di partecipazione. – 5. Il valore probatorio del rituale di affiliazione. – 6. L'informazione provvisoria delle Sezioni Unite. – 7. Conclusioni.

Abstract

Il contributo analizza, alla luce della recente pronuncia delle Sezioni Unite, l'evoluzione pretoria registratasi in merito alla definizione della condotta di partecipazione associativa, esaminando, in chiave diacronica, le più rilevanti ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto. Evidenziata l'atipicità definitoria connaturata al disposto normativo di cui all'art. 416-bis c.p. e la frequente commistione tra tipicità e prova registratasi in punto di definizione della condotta partecipativa, si esamina il valore probatorio da attribuire al rituale di associazione non seguito da alcun atto di militanza associativa, al fine di stabilire se possa reputarsi, sic et simpliciter, sufficiente ai fini della contestazione del delitto di associazione mafiosa. Infine, viene esaminata l'ordinanza provvisoria delle Sezioni Unite, che sembra non aver pienamente accolto le istanze garantiste sottese ai più recenti arresti giurisprudenziali, e si paventa il rischio che la soluzione fornita non possa definitivamente sopire il dibattito insorto in merito alla definizione del proprium della condotta partecipativa e dei suoi indici di rilevanza probatoria.

The contribution analyzes, in light of the recent ruling of the United Sections, the praetorian evolution recorded regarding the definition of the behavior of associative participation, examining, in a diachronic key, the most relevant doctrinal and jurisprudential reconstructions on this point. The definitional atypicality inherent in the regulatory provisions referred to in art. 416-bis of the Criminal Code and the frequent mix of typicality and evidence recorded at the definition point of participatory conduct, the probative value to be attributed to the association ritual not followed by any act of associative militancy is examined, in order to establish whether it can be considered sufficient for the purpose of contesting the crime of mafia association. Finally, the provisional ordinance of the United Sections is examined, which seems to have not fully accepted the guarantee requests underlying the most recent jurisprudential arrests, and there it's feared that the solution provided may not definitively quell the debate that arose regarding the definition of participatory conduct and its probative relevance indices.

* Magistrato ordinario.

1. Introduzione.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una recente pronuncia¹, hanno definito la questione rimessa dalla prima sezione penale, componendo il contrasto insorto in ordine al valore probatorio da annettere al mero compimento di rituali di affiliazione mafiosa a consorterie di storica fama criminale, ove non emergano ulteriori indici di intraneità al sodalizio mafioso.

La questione involge, in realtà, tematiche ben più complesse, che attengono alla stessa formulazione della fattispecie incriminatrice, unanimemente definita a “tipicità incompiuta”², e alla difficoltà di pervenire ad una definizione puntuale della condotta di partecipazione associativa penalmente rilevante.

Invero, le significative oscillazioni ermeneutiche sul punto sono espressive di una strutturale incompiutezza definitoria della previsione normativa più che di un fisiologico contrasto esegetico attinente ad aspetti secondari della fattispecie incriminatrice. Tale circostanza rende ancor più pregnante l’esigenza di individuare in maniera perspicua gli elementi costitutivi necessari ad integrare il delitto base di partecipazione ad un’associazione mafiosa, avuto riguardo anche al severo trattamento sanzionatorio previsto per la condotta partecipativa.

È, infatti, opportuno evidenziare che la questione controversa non concerne la possibilità di ricondurre al dettato normativo di cui all’art. 416-*bis* c.p. nuove forme di militanza associativa o peculiari modalità di interazione cooperativa tra gli associati, bensì la stessa definizione della condotta basica di partecipazione, che rappresenta la manifestazione primaria di adesione al sodalizio mafioso³.

Tali considerazioni valorizzano l’imprescindibilità del chiarimento nomofilattico, finalmente intervenuto.

2. L’ordinanza di rimessione e la questione problematica.

L’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite origina da un provvedimento di custodia cautelare, emesso dal Tribunale del riesame di Reggio Calabria, all’esito di una corposa attività investigativa concernente le condotte delittuose poste in essere da una cosca calabrese storicamente operante nel territorio dell’Aspromonte.

In particolare, dalle intercettazioni operate in fase investigativa, era emerso che i ricorrenti avevano portato a compimento il rituale di affiliazione ‘ndranghetista tradizionalmente osservato per l’adesione consortile, così suffragando il giudizio di gravità indiziaria sotteso all’emanazione della misura custodiale.

I ricorrenti, tuttavia, avevano impugnato il provvedimento deducendo che fosse affetto, in riferimento agli artt. 273 c.p.p. e 416-*bis* c.p., da violazione di legge e vizio

¹ Ordinanza provvisoria della Cassazione Penale, Sezioni Unite, ud. 27 maggio 2021, Presidente Cassano, Relatore Pellegrino.

² Secondo la definizione, testualmente, datane dall’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite formulata dalla Prima sezione penale della Cassazione n. 5071 del 2021. Analogamente, in dottrina, S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, II, Napoli, 2000, 65.

³ Sul punto, cfr. V. MAIELLO, *L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, n. 5/2021, 6.

di motivazione, in difetto di un percorso argomentativo che desse esaustivamente conto del compendio indiziario acquisito e dell'insufficienza del mero rituale di affiliazione a comprovare un'effettiva partecipazione al sodalizio mafioso.

Emerge, quindi, il nodo problematico dei requisiti strutturali richiesti per la contestazione della condotta partecipativa, laddove il compendio probatorio acquisito non fornisca elementi univocamente idonei ad attestare l'apporto di un contributo causale alla consorteria mafiosa ma compri il mero compimento di formalismi rituali.

Il timore di una deriva ermeneutica che reputi sufficiente la sola adesione formale ad una cosca criminale, sebbene dotata di una conclamata pericolosità, si coglie da una piana lettura dell'ordinanza di remissione, in cui è costante la ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di non lasciare impunito forme di reità di particolare allarme sociale e il rispetto dei principi costituzionali in materia penale, che precludono imputazioni fondate su responsabilità da *status* o da posizione.

Viene, altresì, paventata, ancorché implicitamente, la possibilità che un'interpretazione prettamente formalistica possa avallare indebiti automatismi probatori, che si traducano in un'elusione delle garanzie poste a presidio della libertà individuale.

Per converso, muovendo dall'icastica perentorietà del dato letterale, l'ordinanza di remissione rimarca che l'art. 416-*bis*, al primo comma, si limita a sanzionare "*chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso composta da tre o più persone*", senza qualificare ulteriormente le modalità mediante cui tale adesione deve estrinsecarsi.

Viene, dunque, adombrata la possibilità che, almeno per le "mafie storiche", strutturalmente radicate sul territorio, debba reputarsi sufficiente il rituale adesivo, in piena consonanza ad un dettato normativo che non richiede il compimento di alcun atto esecutivo di militanza associativa.

La ricerca garantista di ulteriori indici di colpevolezza verrebbe, infatti, rimessa ad un'attività di creazione pretoria, del tutto sganciata dal tenore letterale della fattispecie, che finirebbe per precludere ad un'inevitabile discrezionalità giudiziaria, incompatibile con il principio di legalità formale.

Due, dunque, sono i temi di indagine, su cui si è registrato il maggior contrasto interpretativo: sul versante della tipicità, l'individuazione del *minimum* della condotta di partecipazione punibile, su quello della prova, il valore da attribuire agli indici sintomatici della partecipazione, tra cui, *in primis*, l'avvenuto compimento di un rituale di affiliazione.

Proprio per tali ragioni, è emersa la necessità di sollecitare un intervento nomofilattico che, alla luce del disposto normativo di cui all'art. 618 c.p.c. possa conferire maggiore stabilità agli "indicatori consortili" di partecipazione individuati dal Supremo Consesso⁴.

La prima Sezione Penale ha, dunque, formulato alle Sezioni Unite il seguente quesito: "se la *mera affiliazione ad una associazione a delinquere di stampo mafioso cd. storica*, nella specie 'Ndrangheta', effettuata secondo il rituale previsto dalla associa-

⁴ Si veda, più diffusamente, l'ordinanza di remissione n. 5071 del 2021, che nel ribadire con fermezza l'esigenza di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione, esplicita altresì i limiti da riconnettere ai numerosi precedenti giudiziari di legittimità che, lungi dal poter esplicitare un effetto vincolante, possono esclusivamente orientare l'ermeneusi del dato normativo, in forza dell'accuratezza e della persuasività degli argomenti adottati;

zione stessa, costituisca fatto idoneo a fondare un *giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione*, tenuto conto della formulazione dell'art. 416-bis c.p. e della struttura del reato dalla norma previsto”.

3. Le criticità strutturali dell'art. 416-bis c.p.

Si è in precedenza accennato che la controversa definizione della nozione di di partecipazione alle consorterie mafiose sia, preliminarmente, da imputare all'incompletezza definitoria della fattispecie incriminatrice e al deficit di determinatezza che la caratterizza.

Pertanto, prima di effettuare una disamina del contenuto dell'informazione provvisoria resa dalle Sezioni Unite, occorre individuare compiutamente i limiti della previsione normativa e chiarirne la portata applicativa. Operazione che si rende necessaria anche al fine di distinguere tra la figura del partecipe, intraneo al sodalizio, e quella del concorrente esterno.

Oltretutto, sulla definizione della questione, indubbiamente incidono considerazioni di più vasta portata, attinenti all'esatta individuazione del momento consumativo del delitto associativo e della sua proiezione offensiva, in termini di reato di pericolo o di danno, che occorre, pertanto, esaminare almeno sommariamente.

L'inquadramento di tali aspetti, infatti, lungi dall'averne una portata meramente classificatoria, incide in maniera sostanziale sull'esatta configurazione della condotta partecipativa e consente di comprendere le argomentazioni addotte a sostegno dei contrapposti indirizzi pretori.

L'art. 416-bis è stato introdotto per approntare un efficace strumento di contrasto al fenomeno della criminalizzata organizzata di stampo mafioso, sulla scorta dell'evidente inadeguatezza dell'art. 416 c.p. a reprimere complesse organizzazioni, gerarchicamente ordinate, dirette al perseguimento di fini criminali e all'acquisizione di un pieno controllo del territorio⁵.

Proprio tale esigenza ha indotto a calibrare il dettato normativo sulla scorta delle caratteristiche strutturali delle “mafie storiche”, quali Cosa Nostra, la Camorra e la 'ndrangheta, che tradizionalmente hanno avuto quale obiettivo primario il controllo delle attività produttive e degli apparati pubblici.

La stessa formulazione normativa, ampiamente evocativa di richiami a sfondo sociologico e, per lo più, orientata a delineare le finalità perseguite dalle consorterie mafiose, ha consentito di effettuare interpretazioni evolutive che permettono di reprimere nuove forme di criminalità.

Si pensi, infatti, all'utilizzo di tale incriminazione con riguardo a fenomeni di nuova emersione, quali le mafie delocalizzate o straniere che, pur differenziandosi nettamente dal modello strutturale prefigurato dal legislatore storico, sono state sussunte nell'alveo del disposto di cui all'art. 416-bis.

Nondimeno se, da un lato, è connotato alla stessa *ratio legis* della disposizione l'intento di enucleare un precetto più elastico, in grado di attagliarsi a tutte le forme di criminalità organizzata idonee a sprigionare le medesime condizioni di assoggetta-

⁵ Sul punto, P. POMANTI, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie. L'art. 416-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017 n. 1, 5.

mento ed omertà derivanti dall'impiego del metodo mafioso, dall'altro, occorre scongiurare interpretazioni riduttive dei requisiti oggettivi della fattispecie, che conducano ad un'applicazione eccessivamente lata dell'incriminazione⁶.

Deve, infatti, essere sempre adeguatamente valorizzato il *proprium* dell'incriminazione, che consiste nell'uso di un metodo mafioso, in grado di ingenerare nella collettività una condizione di omertà e di assoggettamento. Occorre, in sostanza, che vi sia un riscontro empirico che il sodalizio, per il perseguimento dei propri scopi delittuosi, si sia avvalso della forza di intimidazione connaturata al suo agire e che proprio mediante l'uso di tale forza abbia potuto perseguire i propri obiettivi.

La necessità che vi sia uno sfruttamento del metodo mafioso, descritto al terzo comma, ha indotto, sotto il profilo dogmatico, a qualificare tale delitto quale reato associativo a "struttura mista", poiché in contrapposizione al delitto a struttura semplice di cui all'art. 416 c.p., richiede un *quid pluris* oggettivo rispetto all'organizzazione pluripersonale e ad un programma delittuoso, che si sostanzia proprio nell'avvalimento della forza d'intimidazione del vincolo associativo.

L'analisi di tale requisito strutturale ha, peraltro, sollecitato una riflessione sull'effettiva natura, di danno o di pericolo, del delitto in esame.

Tradizionalmente, infatti, si è affermato che la fattispecie *de qua* integrasse un reato di pericolo presunto, poiché la mera esistenza di un'organizzazione plurisoggettiva funzionale all'attuazione di un programma delinquenziale varrebbe ad integrare una consistente esposizione a pericolo dell'ordine pubblico.

La rilevanza, sociale e collettiva, del bene giuridico da presidiare legittimerebbe, pertanto, un arretramento della soglia di punibilità, consentendo di punire anche condotte meramente associative, a prescindere dalla realizzazione dei delitti-scopo.

Tale opzione di politica criminale viene anche giustificata alla luce della considerazione che la repressione penale non riposa solo sull'esigenza di prevenire la commissione dei reati avuti di mira dal sodalizio, ma è motivata anche dalle maggiori possibilità di successo dei propositi criminali, derivanti dalla possibilità di sfruttare l'apporto di tutti i consorti e l'organizzazione strutturale dell'associazione.

Tali considerazioni varrebbero a legittimare la deroga all'art. 115 c.p., poiché, in tal caso, non verrebbe sanzionata una mera intesa priva di manifestazioni esteriori, ma la costituzione fattuale di un'associazione che determina una minaccia per la sicurezza collettiva.

I beni giuridici esposti a pericolo per effetto della costituzione del vincolo associativo vengono individuati in rapporto alle finalità programmatiche del sodalizio enucleate dal dettato normativo.

⁶ In tal senso, I. MERENDA - C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019. Si pensi anche alla recente pronuncia della Corte di Cassazione che ha derubricato, nel processo Mafia capitale, i fatti contestati da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime, ritenendo che non vi fosse stato l'impiego del metodo mafioso descritto dall'art. 416-bis e, così, ribadendo la centralità dello stesso in seno all'incriminazione. Per una disamina più approfondita della vicenda ed una ricostruzione degli elementi strutturali dell'art. 416-bis c.p., si veda G. AMARELLI - C. VISCONTI, "Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime", in *Sist. pen.*, 18 giugno 2020.

Il reato è, infatti, considerato plurioffensivo, poiché contestualmente in grado di ledere l'ordine pubblico, la libertà di iniziativa economica, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, il libero esercizio del voto, nonché la libertà morale dei cittadini, conculcata dallo stato di intimidazione cui sono indotti.

È evidente che la qualificazione del delitto in termini di reato di mero pericolo, che prescinde, dunque, dall'accertamento di una lesione effettiva dei beni giuridici dapprima elencati, non può che avere una consistente refluenza sull'individuazione del momento consumativo del delitto e sulla definizione della condotta di partecipazione punibile.

L'esposizione a pericolo dell'ordine pubblico, infatti, verrebbe integrata per effetto del mero ingresso del sodale nella compagine, *ex se* in grado di incrementarne le potenzialità delinquenziali in ragione dell'accresciuto numero di consociati. La consumazione del delitto si registrerebbe, pertanto, nel momento dell'adesione.

Altra parte della dottrina, osserva, invece, che proprio la caratterizzazione in termini oggettivi dell'uso del metodo mafioso operata dalla norma, indurrebbe a qualificare la consorterìa mafiosa quale associazione che "delinque" e non "per delinquere"⁷. L'offesa operata mediante l'uso di tale metodo andrebbe quindi apprezzata nel suo contenuto di danno e non di mero pericolo⁸. In questa prospettiva, la condotta meramente adesiva risulterebbe insufficiente, perché il profilo di danno dovrebbe necessariamente essere riconnesso al compimento materiale di un atto che rechi un effettivo contributo alla vita dell'associazione e la consumazione del delitto andrebbe ravvisata proprio in relazione a tale momento.

4. L'evoluzione pretoria sulla condotta di partecipazione.

L'intrinseca carenza definitoria del disposto normativo di cui al comma 1 dell'art. 416-*bis* c.p. ha reso ineludibile un intervento suppletivo della giurisprudenza, chiamata a delineare i presupposti di rilevanza penale della condotta di partecipazione punibile.

Se, invero, le attività di direzione, promozione e organizzazione, incriminate al secondo comma, manifestano, sul piano descrittivo, una maggiore attitudine connotativa della condotta punibile, altrettanto non può dirsi per la laconica espressione del "far parte" di un'associazione di stampo mafioso.

La vaghezza descrittiva, dipendente anche dalle stesse caratteristiche criminologiche del fenomeno delittuoso in esame, si coniuga, oltretutto, con la tendenza della giurisprudenza a diversamente declinare la nozione di partecipazione in funzione del compendio probatorio disponibile⁹. Conseguentemente, l'individuazione dei requisiti costitutivi della partecipazione punibile sembra dipendere non soltanto dalle carat-

⁷ V. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 50.

⁸ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 359.

⁹ Evidenza che i diversi orientamenti pretori in tema di partecipazione ad associazioni mafiose mutano in ragione delle peculiarità della vicenda che viene, di volta in volta, in rilievo G. FIANDACA, *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di BARILLARO, Milano, 2004, 40.

teristiche strutturali ed organizzative della specifica consorteria mafiosa, ma anche dalla quantità e qualità del materiale probatorio acquisito¹⁰.

La particolare permeabilità di tale figura delittuosa alle esigenze processuali ha indotto, infatti, a parlare di una “*processualizzazione delle categorie penali sostanziali*”¹¹, rilette alla luce dei contingenti obiettivi di repressione penale emersi in sede giurisdizionale.

Si evidenzia che la “*gestione prasseologica della fattispecie associativa di cui all’art. 416-bis*”¹² si sarebbe spinta fino ad indurre un’inversione dell’ordinario procedimento sillogistico di applicazione delle disposizioni normative, enucleando soltanto *ex post*, sulla scorta dell’evidenze processuali, la definizione delle condotte penalmente rilevanti di partecipazione associativa.

In sostanza, “*si è preso atto della reale efficacia performativa che la dimensione processuale e le logiche probatorie che in essa si animano esercitano sulle categorie sostanziali, colte nella prospettiva dinamica della loro realizzazione pratica*”¹³.

Proprio tali considerazioni consentono di comprendere le ragioni che hanno determinato la contestuale coesistenza di indirizzi eterogenei in merito all’individuazione dei requisiti strutturali della condotta partecipativa¹⁴.

Effettuando una ricostruzione diacronica dei principali paradigmi ricostruttivi, è possibile cogliere un’evoluzione che simmetricamente rispecchia la transizione da un diritto penale di stampo soggettivo ad una moderna impostazione oggettivistica¹⁵, più aderente al dettato costituzionale.

Le prime elaborazioni in tema di condotta di partecipazione tributavano, infatti, indubbia centralità all’elemento soggettivo dell’adesione psichica dell’intraneo alla consorteria mafiosa.

Secondo la concezione psicologica, la deliberata volontà di aderire al sodalizio, accrescendone le potenzialità criminali, varrebbe ad integrare *ex se* la condotta par-

¹⁰ Cfr. I. MERENDA - C. VISCONTI, *op. cit.*, 16.

¹¹ G. FIANDACA, *Ermenutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 361.

¹² L’espressione è di G. DI VETTA, *Tipicità e prova. Un’analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 1/2017, 23, che ha effettuato una compiuta disamina dei rapporti di reciproca interferenza tra esigenze di semplificazione probatoria e ridefinizione del tipo normativo alla luce delle stesse. Nello stesso scritto, l’autore evidenzia che: “*La speciale sensibilità che la fattispecie associativa manifesta in rapporto alle esigenze di prova emergenti nel corso del procedimento di accertamento altro non è che l’esatto riflesso del deficit di determinatezza che affligge tale figura incriminatrice, la cui esangue tipicità ben può essere considerata una sorta di “esasperazione” o approfondimento delle carenze di descrittività che già caratterizzavano l’associazione a delinquere semplice (art. 416 c.p.), sotto diversi profili (struttura organizzativa, condotta di partecipazione)*”. Analogamente, v. G. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. Giustizia*, n. 3/2002, 576.

¹³ G. DI VETTA, *op. cit.*, 2.

¹⁴ Di “*pluralità disorientante*” di indirizzi ermeneutici sul punto hanno parlato G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro.it*, 2006, 87.

¹⁵ Sul punto, V. MAIELLO, *L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sis. pen.*, n. 5/2021, 8.

tecipativa, indipendentemente dal compimento di alcun atto espressivo di tale intendimento.

In sostanza, secondo tale orientamento, la nozione di partecipazione verrebbe a coincidere con la mera “*affectio societatis*” e, dunque, con la volontà di rendersi disponibili all’attuazione del programma criminoso della consorterìa¹⁶, realizzando una consistente enfattizzazione della componente soggettiva a detrimento di quella oggettiva.

È evidente che tale ricostruzione, integralmente incentrata sulla dimensione psichica del partecipe, si poneva in irredimibile contrasto con i principi di offensività e materialità¹⁷, potendo condurre all’applicazione di sanzioni, peraltro di cospicua entità, per effetto di una volontà interiore non necessariamente estrinsecata.

A tali considerazioni, si aggiungevano, inoltre, le difficoltà probatorie connesse all’accertamento di una volontà psichica maturata nel foro interno dell’associato¹⁸.

Pertanto, preso atto dell’insufficienza di un criterio di stampo prettamente soggettivistico, sganciato da qualunque riflesso empirico e materiale, progressivamente la giurisprudenza ha propugnato l’adozione di un modello maggiormente ancorato al riscontro fattuale della partecipazione dell’associato all’attività della consorterìa.

A partire dalla nota sentenza *Arslan*, la Corte di Cassazione, rendendo manifesta tale esigenza, ha statuito che, ai fini della contestazione della condotta partecipativa, occorre che il partecipe realizzi “*un contributo causale minimo, ma non insignificante alla vita dell’associazione*”¹⁹.

Con tale pronuncia, si evidenzia che coesistente all’accertamento di una manifestata *affectio societatis*, è il riscontro probatorio dell’incidenza eziologica del contributo dell’intraneo sull’attuazione degli scopi delittuosi dell’associazione, così conferendosi rilievo al compimento di atti empiricamente valutabili²⁰.

La dottrina ha, tuttavia, evidenziato che, sebbene tali ricostruzioni manifesti una maggiore aderenza ai principi di offensività e materialità del fatto tipico, non riesce comunque a colmare il deficit di tassatività che inficia la fattispecie, non consentendo di circoscrivere in maniera univoca il novero delle condotte atte ad integrare la disposizione incriminatrice.

È stato, invero, evidenziato che “*la caratterizzazione in chiave causale del contributo partecipativo non fornisce, infatti, all’interprete parametri predeterminati su cui*

¹⁶ In tal senso, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, Torino, 2003, 129.

¹⁷ Taluni autori paventavano, inoltre, il rischio che l’applicazione di tale criterio potesse condurre anche alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale, imputando al sodale – che abbia semplicemente manifestato la propria *affectio societatis*, senza fornire alcun apporto materiale – i crimini perpetrati dalla consorterìa. Sul punto, G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 17.

¹⁸ V. I. GIUGNI, *La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante tra legalità penale e disorientamenti ermeneutici*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018, 3.

¹⁹ Cass. pen, sez. I, 24 aprile 1985, *Arslan*, in *Cass. pen.*, 1986, 822.

²⁰ V. MAIELLO, *L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 9, che evidenzia che “*questa ristrutturazione concettuale realizza un indiscutibile miglioramento della qualità connotativa del reato nei rapporti col (modello normativo del) diritto penale del fatto – ristabilendo l’antecedenza dell’oggettivo sul soggettivo*”.

*fondare il giudizio di tipicità della condotta, risolvendosi, al contrario, in un criterio flessibile, e perciò variabile in ragione della situazione concretamente considerata*²¹.

La nozione di partecipazione, così enucleata, permane ancora fluida e scarsamente selettiva, e suscettibile piuttosto di interpretazioni estensive, tali da *“attrarre nell’area di operatività della fattispecie l’intera gamma delle condotte in astratto funzionali alla vita dell’associazione”*²².

Oltretutto, concepita in tali termini, la condotta di partecipazione finirebbe per sovrapporsi indebitamente all’ambito di operatività del concorso esterno in associazione mafiosa, atteso che in entrambi i casi ciò che risulterebbe dirimente sarebbe la mera attitudine causale del comportamento tenuto a recare un vantaggio all’associazione²³.

Ancorché tale circostanza non possa produrre dei riflessi immediati su un piano strettamente pratico – essendo la sanzione comminata di eguale severità in entrambi i casi – si rischia però, in tal modo, di obliterare la distinzione tra condotte delittuose ontologicamente differenti, che finirebbero esclusivamente per distinguersi in ragione della sussistenza del requisito soggettivo dell’*affectio societatis*.

Si è obiettato, infine, che una prospettiva esclusivamente incentrata sull’apporto causale fornito dal partecipe colliderebbe col dato letterale della disposizione che, incriminando *“chi fa parte”* dell’associazione, sembra sottendere una piena compenetrazione nella compagine criminosa della consorteria e non solo una condotta di ausilio al perseguimento degli obiettivi delittuosi avuti di mira dalla stessa²⁴.

Per ovviare alle sueposte criticità è stata patrocinata un’ulteriore interpretazione, volta ad attribuire rilievo preminente al profilo organizzatorio, sulla scorta di elementi che siano sintomatici di uno stabile ed organico inserimento del partecipe nell’associazione.

Tale elaborazione, articolata nella duplice variante del modello organizzatorio c.d. puro e di quello misto, ha certamente conseguito l’obiettivo di tracciare una demarcazione netta tra le distinte figure del partecipe e del concorrente esterno, non risultando quest’ultimo, all’evidenza, compenetrato stabilmente e organicamente nel tessuto criminoso del sodalizio.

Più precisamente, secondo il modello c.d. puro, delineato dalla sentenza Graci²⁵, alla c.d. *“messa a disposizione”* manifestata dal partecipe deve corrispondere uno

²¹ In tal senso, C. VISCONTI, *ult. op. cit.*, 132.

²² Così MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, 50.

²³ Cfr. G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 88; Nello stesso senso opina G. DI VETTA, *op. cit.*, 48, che osserva che *“se le differenze strutturali tra i due modelli di incriminazione si assottigliano e, in definitiva, si perdono, perché ciò che rileva per entrambe le figure incriminatrici è la capacità della condotta (del contributo esterno o interno) ad incidere causalmente sulle capacità operative dell’organismo associativo, la proiezione sullo schermo della «riconoscibilità» (o prevedibilità oggettiva) della qualificazione giuridica, nella reciproca alternativa tra concorso interno od esterno, tende all’insignificanza”*.

²⁴ V. I. GIUGNI, *op. cit.*, 5.

²⁵ Cass. pen., sez. I, 1 settembre 1994, in Cass. pen., 1994, 539, ove si afferma che la condotta di partecipazione consiste *“nel far parte dell’associazione, cioè nell’esserne membro attraverso un’adesione alle regole dell’accordo associativo e un inserimento, di qualunque genere, nell’orga-*

speculare atto di accettazione da parte dell'associazione, che riconosca al sodale il ruolo di membro della compagine²⁶.

Tale interpretazione tassativizzante ha l'indubbio merito di circoscrivere le condotte punibili, esigendo, in un'ottica relazionale, un'univoca e concorde decisione dell'associazione di anettere il sodale al suo interno, così realizzando una fusione tra la dimensione individuale e collettiva del fenomeno delittuoso.

Si transita, dunque, da una fattispecie monosoggettiva causalmente orientata, priva di ogni tipizzazione della condotta punibile, che si accontentava di "un contributo minimo seppure non insignificante alla vita dell'associazione", ad un reato-accordo, a carattere bilaterale, che incrimina la stabile compenetrazione nella consorterìa criminale²⁷.

Gli indici di rilevanza della partecipazione punibile, individuati dalla sentenza Graci, consisterebbero: nell'effettivo ingresso nel sodalizio, ancorché non rituale; nella speculare accettazione dei sodali; nell'adesione alle regole della consorterìa e nell'assunzione della corrispondente qualifica di membro dell'associazione che, a sua volta, implica un rispetto rigoroso delle gerarchie mafiose, "la messa a disposizione" per l'attuazione dei fini criminali del sodalizio, nonché l'imposizione degli ordini necessari a conseguire gli scopi delittuosi perseguiti dall'associazione.

Tale orientamento non si spinge fino al punto di pretendere che il partecipe abbia piena contezza dell'intero programma criminoso o che conosca singolarmente ciascuno dei sodali, essendo sufficiente, piuttosto, che si scorga "un vincolo funzionale in senso operativo che lega ogni adepto alla struttura associativa"²⁸.

Anche tale ricostruzione, tuttavia, è stata esposta a critiche difficilmente superabili, per il concreto rischio che, conferendo rilievo centrale al ruolo rivestito, possa condurre a delle forme di responsabilità da *status* o da "formale appartenenza".

Laddove, infatti, al conseguimento formale della qualifica di partecipe non corrisponda lo svolgimento di compiti espressivi del ruolo assunto, si perpetrerebbe la medesima lesione dei principi di offensività e materialità contestati ai fautori della concezione psicologica²⁹.

L'acquisita consapevolezza dell'insufficienza tanto del modello organizzatorio quanto di quello causale, singolarmente considerati, a fornire una nozione esaustiva

nizzazione, con carattere di permanenza". Orientamento successivamente ribadito dalle Sezioni Unite, nella sentenza Demitry, Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, che precisa che per integrare la condotta partecipativa occorre "entrare nell'associazione e diventarne parte".

²⁶ V. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 1997, 87, che evidenzia che "non è sufficiente che il soggetto «prenda parte» all'associazione" dal momento che "il dato normativo richiede esplicitamente molto di più: richiede che egli «faccia parte» di essa. Per fare parte di un'associazione è necessario che la stessa, attraverso i suoi organi, accetti il soggetto come membro o comunque gli riconosca di fatto tale qualità".

²⁷ V. V. MAIELLO, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 10.

²⁸ Così FIANDACA - VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 88 ss.

²⁹ V. MAIELLO, *ult. op. cit.*, ha, infatti evidenziato che: "il tratto di scivolosità dell'approccio concerne il rischio che la fattispecie criminosa possa saldarsi alla qualifica solo formale (e alla condizione solo statica) di componente della consorterìa, ogni qual volta i compendi cognitivi lascino emergere la prova del solo ingresso in cui non segua in alcuna forma l'agire associativo, in altri termini un facere intessuto di atti riportabili ad obblighi e poteri connessi al ruolo di partecipe".

e sufficientemente determinata della condotta di partecipazione, ha indotto ad elaborare un modello misto, in cui al profilo organizzatorio deve imprescindibilmente coniugarsi un apporto causale fornito dal partecipe³⁰.

Tale opzione ermeneutica persegue lo scopo di conferire maggiore spessore al contributo dell'intraneo, ancorandolo al compimento di atti dotati di una concreta offensività e simultaneamente sintomatici della funzione disimpegnata in seno al sodalizio.

Parte della dottrina ha, tuttavia, evidenziato che, nonostante le encomiabili premesse metodologiche di fondo, sul versante applicativo, tale impostazione si sia tradotta in *“un artificio retorico fondato su logiche presuntive”*³¹ e che abbia riproposto sotto mentite spoglie l'applicazione del modello organizzativo puro.

Tali censure sono da imputare alle numerose pronunce che hanno statuito che il contributo del partecipe può anche consistere nella mera dichiarata adesione consortile, poiché questi, prestando la propria disponibilità ad agire per la cosca mafiosa, per ciò solo, ne accresce la potenzialità operativa e la capacità di penetrare nel tessuto sociale, anche in ragione dell'accresciuto numero dei suoi membri³².

In questo modo la dimostrazione del contributo causale dell'intraneo sfumerebbe nel mero inserimento associativo, poiché l'adesione di un nuovo sodale genererebbe un rafforzamento *ipso facto* dell'associazione, che saprebbe di potersi avvalere dell'opera del partecipe ove ne abbia bisogno.

È evidente da tale prospettazione che, così inteso, tale modello nulla aggiungerebbe, in sostanza, a quello organizzatorio c.d. puro, rischiando di ricadere nelle medesime derive formalistiche.

Questo profilo di debolezza si riannoda anche al vacuo tributo che viene effettuato all'apporto causale del partecipe. Ciò che viene richiesto, infatti, non è una verifica dell'attitudine causale del contributo dell'intraneo ad accrescere in modo empiricamente verificabile la pericolosità della consorterìa, ma il mero compimento di atti di militanza associativa, che in sé potrebbero risultare del tutto sforniti di tale potenzialità.

Una sintesi reale dei due modelli prefigurati viene definitivamente attuata solo con la sentenza Mannino³³ che, in piena aderenza ai principi costituzionali, ha codificato una nozione meno ambigua di partecipazione, valorizzando la proiezione fattuale dell'inserimento organico nel sodalizio, mediante comportamenti espressivi del ruolo svolto. Dunque, tale ruolo fattivo deve essere manifestato mediante il compimento di atti di militanza associativa eziologicamente rilevanti per il perseguimento degli scopi dell'associazione, risultando insufficiente un mero ingresso formale nel tessuto criminale dell'associazione.

³⁰ Espressiva di tale orientamento è la sentenza Carnevale, 21 maggio 2003, n. 224181, secondo cui la partecipazione è *“tanto nel momento iniziale quanto in tutto il suo svolgimento, destinata a combinarsi, con le condotte degli altri associati, in un'unione di forze per imprese che generalmente trascendono le capacità individuali”*.

³¹ L'espressione è di I. MERENDA - C. VISCONTI, *op. cit.*, 19.

³² *Ex multis* Cass., Sez. II, 5 maggio 2020, Oliveri in *CED Cass.*, n. 215907; Cass., Sez. II, 26 gennaio 2005, Papalia e altri, in *CED Cass.*, n. 230718.

³³ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, in *CED Cass.*, n. 231670.

La pronuncia chiarisce che si tratta di una condotta *“che non deve necessariamente possedere – di per sé – una carica elevata di apporto causale alla vita dell’intera associazione o di un suo particolare settore, come richiesto per il concorrente esterno, ma deve in ogni caso porsi come comportamento concreto, teso ad agevolare il perseguimento degli scopi associativi in modo riconoscibile e non puramente teorico, sì da potersi ritenere condotta indicativa dello stabile inserimento del soggetto nel gruppo”*.

Tale arresto propugna la valorizzazione di una prospettiva dinamico-funzionale, che non si arresta alla mera constatazione dell’acquisizione del ruolo statico di partecipante, conseguito formalmente mediante un rituale di adesione, ma che pretende che tale partecipazione fattiva si estrinsechi nell’attuazione dei compiti assegnati all’intraneo dal sodalizio³⁴.

Per conferire maggiore pregnanza alle enunciazioni di principio effettuate, le Sezioni Unite Mannino si soffermano anche sul *“piano della dimensione probatoria della partecipazione”*, individuando *“gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio”*. Vengono, quindi, individuati, a scopo meramente esemplificativo, *“indizi gravi e precisi, dai quali sia lecito dedurre, senza alcun automatismo probatorio, la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo, nonché della durata, e sempre utilizzabile, “messa a disposizione” della persona per ogni attività del sodalizio criminoso”*³⁵, tra i quali vengono annoverati *“ i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di osservazione e prova l’affiliazione rituale, l’investitura della qualifica di “uomo d’onore”, “oltre a molteplici, variegati e però significativi facta concludentia dai quali sia lecito dedurre, senza alcun automatismo probatorio, la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo”*.

Un ragionato ed analitico esame dei contenuti espressi nella sentenza Mannino viene effettuato nella sentenza Pesce³⁶ che, oltre a ribadirne la coerenza ai principi costituzionali, ne corrobora la validità alla luce di considerazioni sistematiche e di aderenza al dettato delle fonti sovranazionali.

Si ribadisce, infatti, l’insufficienza del mero accordo di ingresso alla consorteria, alla luce di una lettura combinata con il disposto dell’art. 270-*quater*, che sanziona la condotta di arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale. Con tale disposizione, il legislatore ha sanzionato espressamente la condotta di chi si sia meramente arruolato, senza aver ancora compiuto alcun atto delittuoso attuativo degli scopi dell’associazione terroristica, rendendo così manifesto che lo statico inserimen-

³⁴ In senso conforme, anche la sentenza Mannino *bis*, ove la Corte ribadisce che deve definirsi partecipante *“colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell’associazione mafiosa, non solo “è” ma “fa parte” della stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all’effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l’associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima”*.

³⁵ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino cit.

³⁶ Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359.

to in una compagine associativa, ove non accompagnato da alcun atto esecutivo, non vale ad integrare il delitto di partecipazione associativa, invece punito a norma dell'art. 270-bis³⁷.

L'esigenza di introdurre una disposizione *ad hoc* esalta la pregnanza della condotta partecipativa che non può esaurirsi nel riscontro formale di una mera adesione.

La necessità che l'intraneo, per definirsi autenticamente tale, apporti un contributo concreto e percepibile alla consorceria viene, inoltre, enfatizzata dalle disposizioni sovranazionali che individuano diverse forme di partecipazione attiva alla vita del sodalizio.

In tal senso dispone, in ambito UE, la Decisione quadro n. 2008/841/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, che definisce la condotta di partecipazione come *“il comportamento di una persona che [...] partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, lvi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri, nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione”*.

Pertanto, l'adesione alle indicazioni sovranazionali, funzionali a realizzare un'armonizzazione delle legislazioni dei diversi Stati membri, nonché il doveroso rispetto dei principi costituzionali, a giudizio della Corte, *“portano a ritenere doverosa la connotazione della condotta partecipativa in senso dinamico (partecipazione attiva), evitando scorciatoie dimostrative correlate alla avvenuta dimostrazione del 'nudo' accordo di ingresso o di condizioni soggettive cui non si accompagni – in virtù della valenza di precisi dati istruttori – un preciso connotato di effettiva agevolazione”*.

5. Il valore probatorio del rituale di affiliazione.

Delineata l'evoluzione pretoria che ha cercato di definire lo statuto di tipicità dell'intraneità associativa, occorre valutare quale rilievo probatorio possa essere conferito alla celebrazione di un rituale di affiliazione alle consorcerie mafiose di nota fama criminale, non seguito dal compimento di atti di militanza associativa.

Occorre, preliminarmente precisare che, nonostante le pregevoli conclusioni raggiunte sul versante definitorio e sostanziale, sempre più aderenti ad un diritto penale del fatto, si riscontra ancora una forte interferenza delle esigenze probatorie da soddisfare in sede processuale, che finiscono per ridisegnare in fatto la condotta di partecipazione, sulla scorta delle evidenze probatorie disponibili nel singolo procedimento³⁸.

³⁷ La sentenza Pesce ha precisato che *“Lì dove il legislatore, in effetti, ha ritenuto di dover incriminare il mero reclutamento – anche per il solo reclutato – si è resa necessaria, come si è detto, una previsione incriminatrice ad hoc (è il caso, come si è notato, della previsione introdotta dal d.l. n. 7 del 18.2.2015 in tema di terrorismo, con ulteriore novellazione dell'art. 270-quater cod. pen., con previsione sanzionatoria massima pari a ad anni otto) il che ulteriormente evidenzia, in via sistematica, come tale segmento del fatto, ove non accompagnato dalla prova di un minimum di attivazione, non possa ritenersi di per sé ricompreso nella nozione tipica di partecipazione (si veda, in rapporto alla fattispecie di cui all'art. 270-bis cod. pen., quanto affermato, circa I requisiti minimi della partecipazione, da Sez. I n. 22719 del 22.3.2013, ric. Lo Turco, rv 256489)”*.

³⁸ V. I. MERENDA - C. VISCONTI, *op. cit.*, 21, ove si evidenzia che, a prescindere dall'adesione ad uno

È proprio sul terreno della prova, infatti, che acquisisce rilievo il compimento di formalismi rituali di inserimento nella consorteria criminali, per lungo tempo reputati sufficienti dalla giurisprudenza ad asseverare un intervenuto e stabile inserimento nel sodalizio.

È noto, infatti, che l'ingresso in consorterie di fama storica è spesso preceduto da liturgie scandite da formule e gesti rituali che conferiscono sacralità alla procedura di iniziazione dei nuovi adepti, che accedono ad una "nuova vita" a servizio della cosca, acquisendo la qualifica di "uomo d'onore", che permane nonostante il mancato coinvolgimento nella realizzazione dei delitti-scopo.

Si pensi alla c.d. "punciuta" siciliana, diretta a creare un vincolo di sangue tra consociati, al battesimo della 'ndrangheta, consumato mediante l'incenerimento di un santino e regolamentato, persino, da codici tramandatisi negli anni, fino al giuramento di fedeltà camorrista che si conclude con la consegna del coltello del capo della riunione al nuovo affiliato.

Si è osservato che i rituali perfezionati dalle mafie storiche si articolano in tre distinti momenti: l'enunciazione di formule sacrali dirette a conferire un alone esoterico al rituale, l'esposizione di una figura sacra funzionale a conferire una validazione spirituale alla procedura, e, infine, il compimento di un atto autolesionista espressivo del coraggio e della determinazione dell'uomo d'onore³⁹.

Al giuramento sacrale viene riconnesso il duplice effetto di sancire il definitivo ingresso dell'adepto alla consorteria e di individuare lo specifico ruolo che è chiamato ad adempiere a vantaggio del sodalizio, producendo una forte carica vincolante che rende più difficile il recesso dall'associazione.

Un insieme di barbare ritualità, altamente sintomatico delle intenzioni delittuose del nuovo aderente, che manifesta la propria disponibilità ad assecondare i *desiderata* della consorteria, per attuarne gli scopi e accrescerne le potenzialità operative.

Occorre, tuttavia, valutare se, nonostante la rilevanza del valore simbolico dell'affiliazione rituale, il dato del mero ingresso nella consorteria debba reputarsi sufficiente ai fini della contestazione del delitto di partecipazione ad associazione mafiosa, laddove non sussistano ulteriori indicatori fattuali in grado di attestare uno stabile inserimento del sodale.

La tendenza a ritenere sufficiente il solo "giuramento di mafia" rinviene la sua genesi nei più importanti processi di mafia, ove i collaboratori di giustizia sovente erano in grado di testimoniare la sola avvenuta affiliazione rituale dell'imputato ma non riuscivano ad individuare in maniera specifica i contributi approntati a favore della cosca.

Tale prassi è stata, poi, suffragata dall'elaborazione del modello organizzatorio c.d. puro, che riconnette alla mera assunzione di un ruolo formale la qualifica di intraneo all'associazione e, nelle sue interpretazioni più formalistiche vi scorge, *in nuce*, un implicito apporto causale a vantaggio della compagine criminale.

specifico modello ricostruttivo, si registra la necessità di adattare le definizioni della condotta di partecipazione alla effettiva realtà della consorteria criminale sottoposta a giudizio e alle prove acquisite nel processo, così ribadendo l'assoluta centralità della dimensione probatoria nell'elaborazione della condotta partecipativa;

³⁹ Cfr. G. FIORUCCI, *L'importante è partecipare?*, in *Arch. pen.*, 1/2021, 13 ss.

Numerose pronunce hanno, infatti, evidenziato che la qualifica di “uomo d’onore” non è espressiva di un’adesione morale meramente passiva ed improduttiva di effetti, ma si traduce automaticamente in una persistente offerta di ausilio, anche materiale, nonché nella profusione di ogni energia e risorsa per l’attuazione dei fini criminali dell’associazione.

Soluzione corroborata, peraltro, dalla qualificazione del delitto di cui all’art. 416-*bis* in termini di reato a condotta libera e pericolo presunto, per la cui consumazione sarebbe dirimente il momento in cui il soggetto entra a far parte della consorteria, mediante la sua “messa a disposizione”.

Espressiva di tale orientamento, è la recente sentenza Geraci, ove si precisa che “*il reato di associazione di tipo mafioso si consuma nel momento in cui un soggetto entra a far parte dell’organizzazione criminale, senza che sia necessario il compimento, da parte dello stesso, di specifici atti esecutivi della condotta illecita programmata, poiché, trattandosi di reato di pericolo presunto, per integrare l’offesa all’ordine pubblico è sufficiente la dichiarata adesione al sodalizio, con la c.d. “messa a disposizione”, che è di per sé idonea a rafforzare il proposito criminoso degli altri associati e ad accrescere le potenzialità operative e la capacità di intimidazione e di infiltrazione del sodalizio nel tessuto sociale*”⁴⁰.

La pronuncia evidenzia che, a favore di tale soluzione, milita anche il tenore testuale dell’art. 416-*bis*, che ancora la punibilità al mero “far parte” dell’associazione, senza aggettivazioni ulteriori. Circostanza che si salda alla natura di delitto di pericolo del reato in esame, poiché “*se la semplice partecipazione all’associazione, costituisce un reato di pericolo presunto perché mette in pericolo, ex se, l’ordine pubblico, si spiega anche il motivo per cui il legislatore non ha richiesto che la partecipazione abbia una particolare connotazione sotto il profilo causale*”⁴¹.

A parere della Corte, diversamente opinando, si produrrebbero conseguenze confliggenti con lo stesso tenore della disposizione incriminatrice.

Infatti, si tramuterebbe surrettiziamente la natura del delitto di associazione mafiosa, convertendolo da fattispecie di pericolo presunto a reato di evento e di danno, con la consequenziale necessità di fornire prova del nesso di causalità insistente tra la condotta (partecipazione associativa) e l’evento (rafforzamento della consorteria)⁴².

Ulteriormente, si rischierebbe di determinare una sovrapposizione tra la condotta “di” associazione, legata all’assunzione del ruolo di partecipe, con quella “dell’associazione”, ovvero con quella diretta ad attuare il programma delinquenziale avuto di mira dalla consorteria, che si traduce nell’esecuzione dei delitti scopo.

Tale pronuncia non si pone, però, nel panorama giurisprudenziale quale arresto isolato, rinvenendo numerosi precedenti di analogo tenore.

Le medesime riflessioni, infatti, si scorgono nella trama argomentativa della sentenza Pontari⁴³, che evidenzia che: “è per l’alta simbologia di cui è permeata la cerimonia di affiliazione che non appare condivisibile ritenere che - in assenza di una

⁴⁰ Cass., sez. V, 3 giugno 2019, n. 27672 Geraci.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Sul punto, V.G. CANDORE, *Gli elementi costitutivi del reato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 9/2020, 3226.

⁴³ Cass. pen., sez. II, 31 maggio 2017, n. 27394.

qualche condotta che indichi quale sia il ruolo che l'affiliato ricopre nell'ambito associativo - *la suddetta affiliazione abbia una valenza neutra ai fini della partecipazione all'associazione mafiosa*". Se non dovesse ritenersi integrato, come appare opportuno, il delitto di partecipazione non potrebbe disconoscersi che *"l'affiliazione va considerata, quanto meno, alla stregua di un vero e proprio concorso morale proprio perché il raggiungimento degli scopi associativi è facilitato e rafforzato dalla consapevolezza di ciascun associato di poter fare preventivo affidamento sul contributo di ciascuno di essi"*.

La pronuncia richiamata evidenzia anche la comunanza del sostrato culturale e ideologico tra il partecipe, appena affiliato, e la consorterìa, che renderebbe superfluo *"pretendere di individuare il ruolo di ciascuno ed attendere, per la sua punibilità, il momento in cui diventi operativo"*, giacché *"chi entra in un'associazione mafiosa, vi entra perché ne condivide i valori su cui si fonda, per i quali egli si impegna a mettere a disposizione tutte le proprie energie, le proprie capacità e le proprie competenze, quando sarà il momento e quando ne sarà richiesto per il bene, la potenza ed il successo dell'organizzazione"*.

A supporto di tali argomentazioni si adduce, spesso, la considerazione che il vincolo con l'associazione mafiosa risulta nella prassi difficilmente rescindibile, se non a seguito di una fattiva collaborazione con la giustizia, proprio perché i rituali di affiliazione, per l'alone di sacralità di cui si ammantano, vengono considerati, secondo la subcultura mafiosa, un momento di trapasso definitivo nel gruppo criminale.

Dunque, l'orientamento che aderisce al modello organizzatorio, reputa sufficiente, a riprova dell'intraneità del sodale, l'adesione alla consorterìa mediante la c.d. "messa a disposizione". Pertanto, sul versante probatorio, specie per le mafie storiche, dovrà reputarsi sufficiente il riscontro fattuale dell'assunzione della qualifica di "uomo d'onore" mediante un rito di affiliazione formale.

Per converso, l'assunzione fattuale di tale ruolo, *aliunde* desunta, potrà condurre correttamente all'incriminazione, a prescindere dalla prova di tali ritualità.

Occorre evidenziare che l'orientamento ripotato è stato riferito in via quasi esclusiva alla cooptazione a mafie storiche, di conclamata pericolosità e risalente fama criminale, rispetto alle quali è più agevole concepire che la mera "messa a disposizione" rechi con sé in maniera immanente un contributo causale agli scopi della consorterìa. Tale circostanza vale a creare una netta differenziazione in ordine all'individuazione del momento consumativo per la partecipazione ad "associazioni aperte", che non postulano per l'ingresso rituali di affiliazione specificamente codificati, così creando un'evidente disparità di trattamento.

Invero, mentre per le mafie storiche la consumazione viene retrocessa al compimento del rituale di iniziazione, che conferisce il ruolo di "uomo d'onore", per le altre associazioni la soglia minima di punibilità viene fatta coincidere con il compimento di un contributo materiale, espressivo dell'effettiva appartenenza alla cosca.

Sembra, dunque, che la maggiore pericolosità riconnessa alle mafie tradizionali valga a giustificare un ulteriore arretramento della soglia punibilità, allontanando ancor di più la sanzione dal compimento di un atto materiale intrinsecamente lesivo, in spregio al principio di offensività.

Anche tale considerazione, ha indotto altra parte della giurisprudenza, sulla scorta di istanze più garantiste, ad elaborare una distinta ricostruzione, tesa ad evidenziare

l'insufficienza del compimento di un rituale di affiliazione, non seguita da un'attivazione del soggetto a favore del gruppo criminale⁴⁴.

Proprio da tale contrasto origina la necessità di un intervento nomofilattico a composizione del dissidio ermeneutico, che garantisca l'uniformità delle decisioni giurisdizionali e la conseguente prevedibilità della sanzione.

Si è, infatti, obiettato che l'orientamento criticato ha operato una trasfigurazione di quelli che la sentenza Mannino ha qualificato come “meri indicatori probatori di intraneità” in elementi del fatto tipico, considerati sufficienti ad integrare in via diretta la consumazione della fattispecie associativa.

La più compiuta presa di posizione sul valore da annettere a tali indicatori si rinviene nella sentenza Pesce⁴⁵, che ha scrutinato la valenza, sostanziale o meramente probatoria, delle esemplificazioni casistiche operate nella sentenza Mannino, prendendo posizione proprio sul valore da ricondurre ai riti di affiliazione e al conferimento di una dote mafiosa.

In via preliminare, la pronuncia ha chiarito che tali indicatori, di carattere peraltro meramente esemplificativo, rilevano esclusivamente nella dimensione probatoria, non concorrendo a circoscrivere la condotta punibile, definita nei suoi tratti tipici in maniera più compiuta a partire dalla sentenza Mannino, con la conseguenza di non poter ritrarre dalla ricorrenza di uno degli stessi la prova della compiuta integrazione del delitto.

Si evidenzia, inoltre, che deve effettuarsi un'opportuna graduazione di tali indici, avendo una distinta capacità dimostrativa ed un differente grado di decisività. Mentre, infatti, i rituali di affiliazione scandiscono un accordo di ingresso, prodromico alla cooptazione dell'intraneo, che potrebbe non compier alcun atto esecutivo del proprio ruolo, diversamente il conferimento di doti, che sottendono un previo riscontro del passato criminale del soggetto “insignito”, viene considerato elemento sufficiente a provare l'intraneità del sodale⁴⁶.

⁴⁴ Secondo l'ordinanza di rimessione, emblematica di tale orientamento, sarebbe la sentenza in cui si afferma che: “*ai fini dell'integrazione della condotta di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso, l'investitura formale o la commissione di reati-fine funzionali agli interessi dalla stessa perseguiti non sono essenziali, in quanto rileva la stabile ed organica compenetrazione del soggetto rispetto al tessuto organizzativo del sodalizio, da valutarsi alla stregua di una lettura non atomistica, ma unitaria, degli elementi rivelatori di un suo ruolo dinamico all'interno dello stesso*” (Sez. 5, n. 4864 del 17/10/2016, Di Marco, Rv. 269207-01), nonché quella in cui si evidenzia che “*Ai fini dell'integrazione della condotta di partecipazione all'associazione di tipo mafioso, l'affiliazione rituale può non essere sufficiente laddove alla stessa non si correlino ulteriori concreti indicatori fattuali rivelatori dello stabile inserimento del soggetto nel sodalizio con un ruolo attivo*» (Sez. 1, n. 55359 del 17/06/2016, Pesce, Rv. 269040-01).

⁴⁵ Cass. pen., Sez I, 17 giugno 2006, definita unanimemente dalla dottrina “*la presa di posizione più matura sul tema della partecipazione associativa*”. In tal senso si sono espressi, I. MERENDA - C. VISCONTI, *op. cit.*, nonché V. MAIELLO, *L'affiliazione rituale a mafie storiche*, cit.

⁴⁶ V. D. BRANCIA, *Sulla dichiarata adesione all'associazione mafiosa da parte di un singolo, il quale presti la propria disponibilità ad agire con la c.d. “messa a disposizione”*, in *Giur. pen. web*, 12/2017, 12, che evidenzia che viene ritenuta prova di stabile inserimento nel sodalizio anche la partecipazione ad un fondo di solidarietà volto ad aiutare i partecipanti dell'associazione che siano detenuti;

Peraltro, se ai fini della consumazione del delitto, si reputasse sufficiente il riscontro di un avvenuto rituale di cooptazione, si finirebbe per reprimere l'accrescimento delle mere "potenzialità operative" del gruppo criminoso e non l'ausilio effettivamente prestato al perseguimento dei suoi scopi, con evidente lesione dei principi di proporzionalità della pena e di materialità del fatto punibile.

Senza contare che la significatività di tali rituali, in alcuni casi, risulta grandemente scemata, poiché attuata da soggetti legati da vincoli di parentela o affinità ad alcuni sodali, in ossequio a prassi familiari, senza che a tale formalismo venga simbolicamente accordato il valore di condivisione delle finalità della consorterìa e volontà di attuarle⁴⁷.

Anche il riferimento ad una comunanza ideologica tra i sodali e il neo affiliato, che consentirebbe di prescindere dall'individuazione del ruolo concretamente assunto, segna un evidente abbandono dei canoni di materialità ed offensività del fatto tipico, per approdare a logiche di incriminazione fondate su "una mera volontà ribelle", certamente incompatibili con un moderno diritto penale del fatto.

Infatti, il riferimento ai valori condivisi attua inevitabilmente una dilatazione della nozione di partecipazione, sganciata dal riferimento al compimento di atti esecutivi ed incentrata, invece, sulla persona del reo e sul suo *status* di "mafioso", in evidente contrasto con gli approdi della sentenza Mannino che, proprio per scongiurare un ritorno ad un diritto penale d'autore, esige una concretizzazione empiricamente riscontrabile delle funzioni assunte in seno al sodalizio.

Per suffragare la tesi dell'insufficienza del mero *status* acquisito a seguito della cooptazione formale, si è anche richiamata la struttura costitutiva del delitto di cui all'art. 416-bis. Si è precisato che la deroga al principio espresso all'art. 115 c.p., in virtù della quale è consentito sanzionare anche il mero *pactum sceleris*, rinviene la sua giustificazione con riguardo a tale delitto solo perché si tratta di un reato associativo a "struttura mista", in cui la deroga alla non punibilità del mero accordo è compensata dall'attuazione, anche parziale, del programma criminoso.

Considerazione che rievoca, pertanto, la necessità di un'estrinsecazione materiale del ruolo rivestito, espressiva di uno stabile inserimento nel sodalizio⁴⁸.

⁴⁷ Si pensi alla vicenda riguardante Giuseppe Greco, figlio del boss Michele Greco, condannato per il delitto di partecipazione ad associazione mafiosa, sulla scorta delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia che avevano riferito della sua formale cooptazione a Cosa nostra, sebbene questi avesse intrapreso la professione di regista e fosse chiaro che tale affiliazione rappresentasse un mero ossequio alla figura paterna. Per una più compiuta descrizione della vicenda si veda G. FIANDACA, *Orientamenti ermeneutici*, cit., 44 ss.; Sul punto la sentenza Pesce ha precisato che, in tali contesti, la celebrazione di un rituale di affiliazione può essere espressiva di "automatismi sociali e familiari (piuttosto) che indice, immediato ed autosufficiente, della effettiva intraneità".

⁴⁸ Tali posizioni dottrinali, sebbene più mature e meditate, sono state talvolta sposate in maniera ambigua dalla giurisprudenza che, pur prestando formale ossequio ai principi espressi, ne ha tradito la sostanza, mediante la riproposizione di criteri formalistici. Si pensi a Cass. pen, sez. VI, 20 novembre 2015, Alcaro e altri, in CED. Cass., n. 265536, ove si afferma che il dato "dell'investitura formale non seguita da altri comportamenti materiali, potrebbe assumere tutt'altro significato probatorio quando involga la posizione di soggetti che, per il ruolo sociale o i compiti istituzionali che li connotano, costituiscano, già solo per il conferimento della qualifica, possibili o consapevoli strumenti di potenziamento dell'associazione";

6. L'informazione provvisoria delle Sezioni Unite.

La disomogeneità degli indirizzi riportati e la conseguente imprevedibilità dell'applicazione della sanzione, hanno reso imprescindibile l'intervento delle Sezioni Unite, che sembrano aver adottato una soluzione compromissoria tra le prospettazioni riportate.

In primo luogo, l'informazione provvisoria prende posizione sulla nozione di condotta di partecipazione, sull'implicito assunto che la risoluzione della questione risulti logicamente preliminare rispetto alla definizione del valore probatorio da riconoscere alla formalizzazione dell'ingresso nella consorteria.

Nuovamente, quindi, viene esaltata la stretta correlazione tra la dimensione probatoria e la definizione dello statuto di tipicità del delitto associativo.

In adesione al paradigma organizzatorio, le Sezioni Unite chiariscono che *“La condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si sostanzia nello stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa della associazione”*, senza che, però, al dato di tale compenetrazione si riconnetta necessariamente l'assegnazione di un ruolo specifico.

Precisano tuttavia, che *“tale inserimento deve dimostrarsi idoneo, per le caratteristiche assunte nel caso concreto, a dare luogo alla “messa a disposizione” del sodalizio stesso, per il perseguimento dei comuni fini criminosi”*.

La Corte, con espressioni che sembrano ricalcare l'impianto motivazionale della sentenza Graci, rinviene il disvalore della condotta punibile nella *“messa a disposizione”*, che rappresenterebbe il *proprium* della condotta partecipativa e della sua attitudine offensiva. Non viene, tuttavia, esplicitata la necessità che tale disponibilità si *“concretizzi”* mediante il compimento di atti espressivi del ruolo assunto.

Sembra, in sostanza, riproporsi il rischio che tale statuizione possa dare adito ad interpretazioni formalistiche, che riconnettono la consumazione del delitto al mero *status* di sodale, non accompagnato da alcuna forma di fattiva attivazione a vantaggio dell'associazione.

Si enfatizza, però, la rilevanza delle circostanze concrete, sulla scorta delle quali dovrà valutarsi l'effettiva idoneità dell'inserimento del sodale a dar luogo ad una *“messa a disposizione”* per il perseguimento degli scopi della consorteria.

Tale inciso, sebbene rappresenti un implicito richiamo al principio di offensività e alla necessaria attitudine causale dell'ingresso del sodale all'attuazione degli obiettivi criminali, potrebbe dare adito ad un approccio casistico che, lungi dal condurre all'auspicata uniformità interpretativa del dettato normativo, rischia di alimentare il contrasto ermeneutico.

Tale interpretazione, peraltro, conferisce assoluta centralità alla dimensione probatoria, perché è solo sulla scorta delle evidenze disponibili che sarà possibile valutare se *“per le caratteristiche assunte nel caso concreto”* la compenetrazione nel tessuto criminale abbia generato un'effettiva *“messa a disposizione”*.

Nuovamente i confini della tipicità della fattispecie verrebbero ridisegnati sulla base delle prove acquisite, non segnando quell'inversione di tendenza invocata dalla dottrina. L'autentica *regola iuris* applicata dal giudice, infatti, non verrebbe tratta da un precetto ormai cristallizzato per effetto di una stabile interpretazione, ma sarebbe enucleato *a posteriori* sulla base delle risultanze probatorie.

Con specifico riguardo al rilievo probatorio dell'affiliazione rituale, le Sezioni Unite sembrano aver aderito all'indirizzo che non reputa necessario alcun atto di militanza associativa per contestare la fattispecie associativa, coerentemente, peraltro, alla nozione di condotta di partecipazione dapprima delineata.

In particolare, hanno precisato che: *“nel rispetto del principio di materialità ed offensività della condotta, l'affiliazione rituale può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio, ove risulti – sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza – alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato e associazione”*.

Se tale arresto può rinvenire adeguata giustificazione con riferimento alle “mafie storiche”, di certo eguale pregnanza indiziaria difficilmente potrà essere riconosciuta all'ingresso in associazioni criminali di più recente emersione.

Si crea, dunque, il rischio di un ulteriore disallineamento che si sarebbe potuto prevenire se fosse stato, invece, valorizzato il compimento di un atto espressivo dell'effettivo inserimento nel sodalizio con un ruolo attivo.

Nella prospettiva delle Sezioni Unite, invece, il compimento del rituale adesivo sembra assorbire il rilievo del contributo materiale, poiché ad esso si riconnette l'effetto di un patto vincolante e di un'offerta di contribuzione permanente.

7. Conclusioni.

In attesa di leggere le motivazioni, che daranno esaustivamente conto delle ragioni che hanno indotto le Sezioni Unite a ritenere l'adesione rituale al sodalizio sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità, non possono non evidenziarsi alcuni profili di criticità.

Tale soluzione sembra, infatti, segnare una regressione rispetto allo statuto garantista delineato a partire dalle sentenze Mannino e Pesce, che avevano patrocinato una ricostruzione fondata su un'autentica valorizzazione dei principi di materialità e offensività del fatto tipico.

La riproposizione di un modello statico di adesione, ancorato all'acquisizione rituale del ruolo di mafioso, rischia di dare adito a valutazioni formalistiche potenzialmente foriere di un ritorno ad un diritto penale d'autore.

Né tale posizione potrebbe risultare giustificata da esigenze di semplificazione probatoria, che si tradurrebbero in un'ingiustificata lesione della libertà individuale del cittadino.

Oltretutto, la tendenza interpretativa tesa a valorizzare una manifestazione obiettiva della condotta punibile sembrava destinata a trovare sempre maggiore condivisione in giurisprudenza, anche con riguardo a distinti temi d'indagine, pur sempre correlati all'evanescenza del dato normativo di cui all'art. 416-*bis*.

Significativa in tal senso è l'evoluzione pretoria registratasi con riguardo al fenomeno delle mafie atipiche o delle strutture delocalizzate, rispetto alle quali un largo fronte giurisprudenziale continua a ritenere insopprimibile la prova di un'estrinse-

cazione materiale della capacità di intimidazione discendente dall'uso del metodo mafioso"⁴⁹.

Ebbene, in tal senso, la pronuncia in commento segna una netta inversione di tendenza, ritenendo sufficiente, probabilmente per ragioni legate ad istanze repressive, la mera cooptazione formale all'associazione.

Il rispetto dei principi di materialità ed offensività, pure richiamati, sembra arrestarsi sul piano delle enunciazioni di principio, poiché si prescinde del tutto dal riscontro fattuale di tale ingresso nel sodalizio.

Anche il frequente rinvio, operato nell'informazione provvisoria, "*agli elementi di contesto*" o alle circostanze fattuali in grado di corroborare l'effettività dell'adesione, come anticipato, rischia di indurre ad un'eccessiva valorizzazione delle contingenze del caso concreto, incrinando ulteriormente il valore della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziali⁵⁰.

In tal senso, si è probabilmente persa un'occasione per supplire definitivamente all'intrinseca carenza definitoria della fattispecie, conferendo maggiore concretezza al contributo partecipativo e, specularmente, degradando la statica e passiva adesione all'organigramma associativo a mero indizio di colpevolezza.

Infatti, nell'intento di consentire un'espressione più pregnante della funzione nomofilattica, l'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. conferisce peculiare stabilità alle decisioni delle Sezioni Unite, con la conseguenza che si sarebbe potuto raggiungere il duplice e concorrente obiettivo di sopire il contrasto ermeneutico sul punto e stabilizzare la portata della pronuncia, garantendo ai cittadini una ragionevole prevedibilità degli esiti processuali con carattere di durevolezza nel tempo.

D'altro canto, non può tacersi, che la soluzione offerta delle Sezioni Unite rappresenta probabilmente l'opzione più rispettosa del principio di legalità formale, poiché il dato normativo si limita ad incriminare la condotta di "*chi fa parte*", senza richiedere alcun indice di esteriorizzazione ulteriore.

Sebbene la proiezione dinamica e fattuale del contributo partecipativo rappresenti un approdo ermeneutico garantista ed evolutivo, esula del tutto dal dato normativo e potrebbe rappresentare un'integrazione eccessiva della *voluntas legis*⁵¹.

⁴⁹ In tal senso, Cass. pen., sez. VI, 13 settembre Vicidomini, in *CED Cass.*, n. 271103, ove si afferma che si deve raggiungere la prova che "*l'associazione abbia conseguito in concreto, nell'ambiente in cui opera, un'effettiva capacità di intimidazione che deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, quale forma di condotta positiva*".

⁵⁰ Giova ricordare che, nel noto caso Contrada, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva censurato proprio la vaghezza descrittiva dell'art. 416bis e la conseguente imprevedibilità dell'applicazione della sanzione;

⁵¹ La stessa ordinanza di rimessione ribadisce la funzione di "mediazione accertativa" della giurisprudenza, che impone di tener a mente "*i limiti che il modello di tipicità formale vigente nel nostro sistema penale pone all'operatività di ogni forma di creazionismo giurisprudenziale*".

SICUREZZA SUL LAVORO E RESPONSABILITÀ PENALE DEL COORDINATORE PER LA SICUREZZA: DEVONO ESSERE SPECIFICAMENTE VALUTATE LE CIRCOSTANZE CONCRETE IN CUI SI È VERIFICATO L'EVENTO

Massimiliano Oggiano*

MASSIMA

Per potersi affermare la penale responsabilità del “coordinatore in materia di sicurezza e di salute” conseguente ad infortunio occorso al lavoratore che, pur in presenza di provvedimento di sospensione dei lavori, operava in modo clandestino e durante l'orario notturno, è necessario offrire puntuale motivazione in merito alla sussistenza della prevedibilità della condotta del lavoratore da parte del garante e dell'evitabilità dell'evento mediante il rispetto delle norme cautelari asseritamente violate.

Sommario: **1.** I fatti all'origine del giudizio penale. - **2.** Lo sviluppo processuale della vicenda. - **3.** Le norme cautelari asseritamente violate. - **4.** La figura del coordinatore in materia di sicurezza e salute ed i suoi obblighi cautelari. - **5.** Il coordinatore in materia di sicurezza e salute nella fase dell'esecuzione dell'opera. - **6.** Il piano di sicurezza e coordinamento. - **7.** L'evento eccezionale ed imprevedibile da parte del garante e la concreta efficacia impeditiva delle cautele specifiche di cui si contesta l'omissione. - **8.** La valutazione offerta dalla Corte di Appello e quella indicata dalla Corte di Cassazione. - **9.** Conclusioni.

Abstract

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione - rilevata l'incompletezza della motivazione offerta dalla Corte di Appello di Cagliari, Sezione distaccata di Sassari, in ordine ad un infortunio letale occorso ad un lavoratore che operava, in clandestinità ed in orario notturno, con un mezzo meccanico in un cantiere i cui lavori erano stati sospesi - annullava con rinvio la decisione impugnata e rimetteva gli atti alla Corte di merito affinché, da un lato, fosse meglio argomentata la valutazione in merito alla prevedibilità del comportamento del lavoratore da parte del garante, dall'altro, fossero esplicitate le ragioni per le quali le cautele asseritamente omesse dal garante si erano ritenute concretamente idonee ad evitare l'evento occorso.

With the sentence in question, the Supreme Court - having found the incompleteness of the motivation offered by the Court of Appeal of Cagliari, detached Section of Sassari, in relation to a fatal accident occurred to a worker who worked, in hiding and at night, with a mechanical vehicle in a construction site whose works had been suspended - he canceled the contested decision by postponement and sent the documents back to the Court of merit so that, on the one hand, the assessment of the predictability of the behavior of the worker by the guarantor, on the other hand, the reasons for which the precautions allegedly omitted by the guarantor were considered concretely suitable for avoiding the event that occurred were specified.

* Avvocato del Foro di Roma.

1. I fatti all'origine del giudizio penale.

In data 30 novembre 2006, C.L., conducente di un'autobetoniera di proprietà della ditta F.C. S.n.c., mentre era in prossimità del mezzo impiegato per eseguire una colata di calcestruzzo all'interno di una tramoggia di raccolta dell'autopompa che lo avrebbe convogliato nelle fondamenta di un edificio in costruzione, veniva folgorato da una scarica elettrica ad alta tensione proveniente dai cavi sospesi contro i quali urtava il braccio estensibile dell'autopompa.

Al momento del fatto, verificatosi in orario notturno, il cantiere era chiuso ed i lavori, già sospesi per intervenuta scadenza del titolo edificatorio, proseguivano in modo clandestino.

2. Lo sviluppo processuale della vicenda.

L'evento letale determinava l'avvio di un procedimento penale a carico di diversi soggetti, tra i quali il V.P., ricorrente nel caso in esame, coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione delle opere di fondazione in cemento armato.

Al predetto veniva contestato, in cooperazione colposa con altri imputati, il reato di cui agli artt. 113 e 589, comma 2, c.p., in relazione agli artt. 7 comma 1, lett. b) e 89, comma 2, lett. h), d.lgs. 626/94; art. 3, comma 3 e 22, comma 3, lett. b). d.lgs. 494/96; art. 11 e 77 d.P.R. 164/56; art. 5, comma 1, lett. a), c), f); art. 21, comma 2, lett. a), d.lgs. 494/96.

All'esito dell'istruttoria dibattimentale, il Tribunale di Tempio Pausania emanava sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato, ritenendo maturati i termini prescrizionali, erroneamente computati nel periodo pari ad anni sette e mesi sei indicato nell'art. 157 c.p. vigente all'epoca dei fatti.

In seguito ad impugnazione della Procura Generale, il giudizio veniva devoluto alla Corte di Appello di Cagliari, Sez. Dist. di Sassari, la quale, rilevato l'erroneo computo dei termini prescrizionali da parte del Tribunale di Tempio Pausania (che aveva omesso di raddoppiare il termine ai sensi dell'art. 157 c.p.), previo parziale rinnovamento dell'istruttoria dibattimentale, in riforma della sentenza di primo grado, dichiarava l'imputato colpevole dei reati ascritti e lo condannava alla pena detentiva ed al risarcimento del danno in favore delle costituite parti civili.

L'imputato proponeva quindi, a mezzo del proprio difensore di fiducia, ricorso per cassazione mediante il quale lamentava, tra le altre di carattere processuale, la violazione di legge in relazione agli artt. 40, comma 2, 589 c.p. e 5 d.lgs. 494/96 ed il vizio di motivazione (i) in ordine alla ritenuta responsabilità del ricorrente per aver omesso di adottare tutti i provvedimenti di sua competenza ed (ii) in ordine alla ritenuta sussistenza, in capo al medesimo, del potere-dovere di attivarsi per impedire l'evento.

La corte di legittimità, previa declaratoria di infondatezza dei due motivi di impugnazione diversi da quello testé richiamato, in accoglimento del terzo motivo di ricorso, annullava la sentenza di condanna emanata dalla Corte di Appello e rinviava il processo avanti alla medesima Corte di merito invocando una più chiara enunciazione ed esplicazione delle ragioni per le quali, nelle condizioni accertate, si era ritenuta prevedibile da parte del ricorrente la estemporanea ripresa dei lavori in clandestinità

e per le quali si era affermato che l'adempimento delle cautele imposte al coordinatore per la sicurezza avrebbe avuto efficacia impeditiva dell'evento letale.

3. Le norme cautelari asseritamente violate.

Giova fin da subito precisare che il quadro di violazioni cautelari alla base della contestazione di colpa specifica riportato nell'imputazione a carico del ricorrente è costituito da un insieme di norme vigenti all'epoca dell'evento delittuoso che, a vario titolo, sono oggi confluite nel d.lgs. 81/08.

Viene innanzitutto richiamato il dettato di cui all'art. 7, comma 1, lett. b), il quale, nella versione vigente all'epoca dei fatti, disponeva che, *“in caso di affidamento dei lavori all'interno dell'azienda, ovvero dell'unità produttiva, ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi”*, il datore di lavoro dovesse fornire *“agli stessi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui [erano] destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività”*.

La predetta regola cautelare – dettata per il datore di lavoro dal d.lgs. 626/94, attuativo delle direttive comunitarie in materia di miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro – viene menzionata unitamente alle norme dettate dal d.lgs. 494/96, emanato in attuazione della direttiva 92/57/CEE concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili ed a quelle dettate dal d.P.R. 164/56 per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni.

Ed invero, figurano nella contestazione penale mossa al ricorrente anche le norme di cui agli artt. 3, comma 3 d.lgs. 494/96 – che, in estrema sintesi, *“nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese”*, impone al *“committente o [al] responsabile dei lavori, contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione esecutiva”* di designare *“il coordinatore per la progettazione”* – e 5 comma 1, lett. a), c), f) d.lgs. 494/96 – che, in estrema sintesi, impone al *“coordinatore per l'esecuzione dei lavori”* di *“verificare l'idoneità del piano operativo di sicurezza [...] e adeguare il piano di sicurezza e di coordinamento [...] in relazione all'evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute, valutando le proposte delle imprese esecutrici dirette a migliorare la sicurezza in cantiere, nonché a verificare che le imprese esecutrici adeguino, se necessario, i rispettivi piani operativi di sicurezza”*.

Indispensabile, in ultimo, è il richiamo all'ulteriore norma cautelare asseritamente violata, dettata dall'art. 11 del d.P.R. 164/56, la quale vieta l'esecuzione di lavori *“in prossimità di linee elettriche aeree a distanza minore di cinque metri dalla costruzione o dai ponteggi, a meno che, previa segnalazione all' esercente le linee elettriche, non si provveda da chi dirige detti lavori per una adeguata protezione atta ad evitare accidentali contatti o pericolosi avvicinamenti ai conduttori delle linee stesse”*.

Il descritto perimetro normativo consentiva di contestare al ricorrente le seguenti tre gravi omissioni: (i) mancata verifica in merito all'applicazione da parte delle imprese esecutrici dei lavori delle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e coordinamento; (ii) mancata promozione ed organizzazione del coordinamento delle attività di reciproca informazione tra i datori di lavoro e tra questi e i lavoratori; (iii) mancata sospensione delle singole lavorazioni in presenza di pericolo grave ed imminente direttamente riscontrato.

4. La figura del coordinatore in materia di sicurezza e salute sul lavoro e i suoi obblighi cautelari.

Sono passati ormai quasi venticinque anni da quando il legislatore, in recepimento della direttiva 92/57/CEE (meglio nota come “*direttiva cantieri*”), ha emanato il d.lgs. 494/96, con il quale è stata per la prima volta definita la figura del “*coordinatore in materia di sicurezza e salute*” sul lavoro nella sua duplice dimensione relativa alla “*progettazione dell’opera*” ed alla “*realizzazione dell’opera*” (art. 2, lett. e) e f)).

Oggi la definizione ed i ruoli del coordinatore per la progettazione e di quello per l’esecuzione sono affidati al testo degli artt. 89 lett. e) ed f) (definizioni), 91 (obblighi del coordinatore per la progettazione) e 92 (obblighi del coordinatore per l’esecuzione dei lavori) del d.lgs 81/08.

Si può agevolmente affermare che la posizione di garanzia assunta dal coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la progettazione e del coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la realizzazione dell’opera attengono alla gestione di quello che è stato efficacemente definito «*il rischio interferenziale derivante dalla compresenza nel medesimo luogo di lavoro di diversi tipi di lavorazioni e di lavoratori che fanno capo a distinte organizzazioni e che coinvolgono rischi differenti*», che, solitamente, non rimangono isolati ma si intrecciano e si influenzano vicendevolmente¹.

Ed invero, «*la questione dell’individuazione delle figure gravate del debito di sicurezza nei confronti dei lavoratori presenta lineamenti di sicura problematicità in riferimento alla tematica della prevenzione degli infortuni nei cantieri, nei quali si avvicendano più imprese esecutrici*»².

È chiaro che nel sistema di garanzie delineato fin dal secolo scorso con il d.lgs. 494/96, le posizioni del coordinatore per la progettazione e per l’esecuzione dei lavori di cui sin ora si è trattato non sono alternative ovvero sostitutive di quelle che assumono, a titolo originario, gli altri garanti della sicurezza (datore di lavoro, dirigente e preposto)³.

La prima delle due figure (quella del coordinatore per la progettazione delle opere) è quella su cui grava il delicatissimo compito di elaborare e redigere il piano di sicurezza e di coordinamento⁴, costituito, per come precisato dall’art. 100 del d.lgs.

¹ in tali termini R. BLAIOTTA, *Diritto Penale e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020, 92. L’autore si sofferma a precisare come “*Tale situazione determin[i] frequentemente rischi aggiuntivi, denominati interferenziali, perché generati proprio dal contatto tra attività solitamente omogenee e portatrici di distinte situazioni rischiose. Si tratta di una contingenza che costituisce una delle maggiori cause di infortuni: accade solitamente che un lavoratore si trovi a contatto con rischi differenti da quelli che è preparato a governare e che tenga, quindi, condotte incongrue che generano eventi avversi o subisca comunque gli effetti di situazioni pericolose che non conosce e non è in grado di affrontare adeguatamente*”.

² I. SCORDAMAGLIA, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in *DPC*, 23 novembre 2012, 12 e, nei medesimi termini, G. MORGANTE, *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *RIDPP*, 2001, 88.

³ G. AMATO, *L’obbligo di coordinamento tra imprese esclude qualsiasi intervento in supplenza*, nota a *Cass. Sez. IV, n. 28197, del 21.5.2009*, in *GD*, 2009, 35, 51.

⁴ Tale obbligo si pone a conferma del fatto che una buona organizzazione presuppone senz’al-

81/08, da una “relazione tecnica e prescrizioni correlate alla complessità dell’opera da realizzare ed alle eventuali fasi critiche del processo di costruzione, atte a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori”, nonché il “fascicolo adattato alle caratteristiche dell’opera [...] contenente le informazioni utili ai fini della prevenzione e della protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori”⁵. Si è correttamente affermato in dottrina che la figura del coordinatore per la progettazione, gravata dell’obbligo di redazione dei suddetti documenti, penalmente sanzionato ai sensi dell’art. 158, comma 1, d.lgs. 81/08, non può essere considerata titolare di alcun obbligo impeditivo di eventi lesivi dell’incolumità dei lavoratori e non può quindi rispondere del conseguente evento ai sensi dell’art. 40 comma 2 c.p.⁶. Ciò anche in ragione dell’inesistenza di poteri di controllo sull’effettiva attuazione delle cautele previste nel Piano di Sicurezza, né di intervento diretto in caso di eventuale riscontrata violazione. Poteri, questi, di esclusiva prerogativa del coordinatore per l’esecuzione dei lavori.

La seconda delle due figure (quella del coordinatore per l’esecuzione delle opere) testé evocata, ha, per come si è accennato, una serie di doveri di verifica e di controllo in merito all’idoneità delle misure complementari e di dettaglio del piano di sicurezza e coordinamento (contenute nei piani operativi di sicurezza) ed in ordine alla corretta applicazione delle cautele previste nei predetti documenti. A tali doveri si accompagna il potere di disporre la sospensione delle singole lavorazioni in relazione alle quali ravvisa pericoli gravi ed imminenti per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Gli obblighi gravanti sul coordinatore per l’esecuzione dei lavori sono rinforzati dalla previsione di un trattamento sanzionatorio di matrice penale in caso di loro violazione. L’art. 158 del d.lgs. 81/08, invero, delinea due distinte fattispecie di reato contravvenzionale (la violazione dell’art. 92 comma 1, lett. a), b), c), f) e comma 2, da un lato, e la violazione dell’art. 92, comma 1, lett. d) dall’altro) sanzionandole alternativamente con l’arresto o con l’ammenda.

Pertanto, per costante orientamento giurisprudenziale, a differenza di quanto precisato per il coordinatore per la progettazione, il coordinatore per l’esecuzione delle opere può ben essere chiamato a rispondere penalmente, ex art. 40 comma 2 c.p., per non aver impedito un evento che aveva l’obbligo di impedire. Egli dunque si trova in una posizione estremamente delicata e deve adempiere con particolare scrupolo i propri obblighi di segnalazione, contestazione, denuncia e sospensione dei lavori, di cui all’art. 92, comma 1, lett. e), già previsti dall’art. 5, lett. e) ed f).

tro una documentazione puntuale e completa dell’attività di prevenzione, specie in rapporto all’analisi e valutazione dei rischi, all’individuazione delle misure e delle procedure antinfortunistiche e alla stima dei relativi costi. Nei predetti termini D. PIVA, *Rischio penale per l’«altrui interferenza» e cumulo di responsabilità nelle attività di cantiere*, in *RDTPE*, 2009, 4, 957.

⁵ I cui contenuti non saranno quelli relativi alle modalità operative specifiche dell’esecuzione dei lavori, che potranno essere oggetto di successiva integrazione, quanto piuttosto un insieme di misure preventive e protettive richieste come requisiti minimi ed indispensabili alle imprese esecutrici. In tal senso C.G. CATANOSO, *Cantieri mobili e temporanei*, in *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro dopo il correttivo (D.Lgs. n. 106/2009)*, a cura di M. TIRABOSCHI - L. FANTINI, Milano, 2009, 836.

⁶ In tal senso D. PIVA, *Rischio penale per l’«altrui interferenza» e cumulo di responsabilità nelle attività di cantiere*, in *RDTPE*, 2009, 4, 957 e Potetti, *I coordinatori per la progettazione e per l’esecuzione dei lavori nei cantieri temporanei o mobili*, in *CP*, 2008, 1, 329.

A questo punto appare chiara la differenza tra la posizione di garanzia assunta dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori e quella ricoperta dal principale debitore di sicurezza e dai suoi diretti ausiliari (il datore di lavoro, i dirigenti ed i preposti).

Il sistema, dunque, lungi dal voler generare una mera duplicazione di ruoli tra dirigenti e preposti, da un lato, e coordinatore per la sicurezza nella fase esecutiva, dall'altro, ha semplicemente individuato una peculiare posizione di garanzia in capo a colui che è incaricato del *“coordinamento organizzativo diretto a rendere coerenti ed efficienti le misure predisposte nella fase progettuale”*⁷.

D'altra parte, rimane valida la prospettazione che ammette come il garante per il coordinamento della fase esecutiva nei cantieri temporanei o mobili, chiamato a rispondere penalmente dell'evento letale occorso al lavoratore, possa ben essere giudicato penalmente responsabile pur in presenza di condotte colpose concorrenti da parte degli ulteriori principali titolari di posizione di garanzia.

5. Il coordinatore in materia di sicurezza e salute nella fase dell'esecuzione dell'opera.

Il perimetro che delinea la posizione rivestita dal ricorrente nel caso in esame è sufficientemente chiaro e, sebbene gli obblighi a carico del garante in esame siano quelli appena richiamati, individuati e regolati dal Titolo IV del d.lgs. 81/08, per le ovvie ragioni temporali, sarà necessario esaminare la disciplina vigente al momento dei fatti, rappresentata dalle disposizioni cautelari dettate dal d.lgs. 494/96, in precedenza citate.

Ai sensi dell'art. 2 lett. f) del d.lgs. 494/96, assume la veste di coordinatore per la sicurezza durante l'esecuzione dei lavori (analoga a quella ricoperta dal ricorrente nel caso in commento) il *“soggetto, diverso dal datore di lavoro dell'impresa esecutrice, incaricato, dal committente o dal responsabile dei lavori, dell'esecuzione dei compiti di cui all'art. 5”*.

La posizione di garanzia deriva dall'incarico proveniente dal committente ovvero dal responsabile dei lavori (figura, quest'ultima, definita all'art. 2 lett. c) come quella di colui che *“è incaricato dal committente ai fini della progettazione o della esecuzione o del controllo dell'esecuzione dell'opera”*.

Gli obblighi espressamente previsti a carico del coordinatore per l'esecuzione dei lavori dalla normativa vigente all'epoca dei fatti contestati sono quelli canonizzati nell'art. 5 del d.lgs. 494/96, al cui adempimento il predetto garante è tenuto *“durante la realizzazione dell'opera”*, e sono quelli di:

“a) verificare, con opportune azioni di coordinamento e di controllo, l'applicazione, da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi, delle disposizioni loro pertinenti contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'art. 12 e la corretta applicazione delle relative procedure di lavoro;

⁷ F. POTETTI, *I coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori nei cantieri temporanei o mobili*, in CP, 2008, 1, 338. Nei medesimi termini DI LECCE, *Modifiche alle norme in materia di prescrizioni di sicurezza e salute nei cantieri temporanei o mobili (d.lgs. 18 novembre 1999, n. 528)*, in DPP, 2000, 452.

- b) verificare l'idoneità del piano operativo di sicurezza, da considerare come piano complementare di dettaglio del piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, assicurandone la coerenza con quest'ultimo, e adeguare il piano di sicurezza e coordinamento e il fascicolo di cui all'art. 4, comma 1, lett. b), in relazione all'evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute, valutando le proposte delle imprese esecutrici dirette a migliorare la sicurezza in cantiere, nonché verificare che le imprese esecutrici adeguino, se necessario, i rispettivi piani operativi di sicurezza;
- c) organizzare tra i datori di lavoro, ivi compresi i lavoratori autonomi, la cooperazione ed il coordinamento delle attività nonché la loro reciproca informazione.
- d) verificare l'attuazione di quanto previsto negli accordi tra le parti sociali al fine di realizzare il coordinamento tra i rappresentanti della sicurezza finalizzato al miglioramento della sicurezza in cantiere;
- e) segnalare al committente o al responsabile dei lavori, previa contestazione scritta alle imprese e ai lavoratori autonomi interessati, le inosservanze alle disposizioni degli articoli 7, 8 e 9 e alle prescrizioni del piano di cui all'art. 12 e proporre la sospensione dei lavori, l'allontanamento delle imprese o dei lavoratori autonomi dal cantiere, o la risoluzione del contratto. Nel caso in cui il committente o il responsabile dei lavori non adotti alcun provvedimento in merito alla segnalazione, senza fornirne idonea motivazione, il coordinatore per l'esecuzione provvede a dare comunicazione dell'inadempienza all'Azienda unità sanitaria locale territorialmente competente e alla Direzione provinciale del lavoro;
- f) sospendere in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato, le singole lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate".

È doveroso ribadire che nel caso in esame le contestazioni mosse al ricorrente sono circoscritte alle sole lettere a), c) ed f) della richiamata norma.

6. il piano di sicurezza e coordinamento.

Il primo degli obblighi cautelari asseritamente violati dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori nel caso in esame, attiene al dovere di verifica circa l'effettiva applicazione, in fase esecutiva, delle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12 del d.lgs. 494/96.

La citata norma statuisce che *"il piano contiene l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi, e le conseguenti procedure esecutive, gli apprestamenti e le attrezzature atti a garantire, per tutta la durata del lavoro, il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni e la tutela della salute dei lavoratori [...]. Il piano contiene altresì le misure di prevenzione dei rischi risultanti dalla eventuale presenza simultanea o successiva delle varie imprese ovvero dei lavoratori autonomi ed è redatto anche al fine di prevedere, quando ciò risulti necessario, l'utilizzazione di impianti comuni quali infrastrutture, mezzi logistici e di protezione collettiva"*.

Il tema, che di qui a poco sarà oggetto di attenta riflessione, è quello che verte, da un lato sul tenore del dovere di vigilanza e di controllo incombente sul coordinatore per la sicurezza nella fase esecutiva, dall'altro, quello relativo alla persistenza del predetto dovere di vigilanza e di controllo anche in ipotesi di interruzione dei lavori

per ragioni diverse da quelle che avrebbero determinato la sospensione degli stessi ai sensi dell'art. 5, lett. f), già citato.

In altri termini, si deve tracciare un percorso argomentativo che consenta di individuare quale tra le due soluzioni alternative sia quella corretta: (i) ritenere comunque penalmente rilevante la condotta omissiva (consistita nell'omessa verifica della corretta applicazione delle disposizioni contenute nel piano operativo di sicurezza e di coordinamento, nel mancato coordinamento e nella mancata formazione reciproca nonché nella mancata adozione del provvedimento di sospensione delle lavorazioni) tenuta in una fase antecedente alla verifica dell'evento ed in via meramente ipotetica astrattamente idonea ad impedire l'evento, ovvero (ii) ritenere penalmente irrilevante la medesima condotta in ragione dell'affidamento riposto nel rispetto del provvedimento di sospensione dei lavori da parte dei lavoratori e della conseguente imprevedibilità della condotta del lavoratore?

Ogni considerazione andrà poi, giustamente, soppesata alla luce dei confini dell'obbligo di garanzia che grava sul coordinatore per la sicurezza nell'esecuzione dei lavori: si tratta di un obbligo che si esaurisce nell'impartire all'impresa esecutrice dei lavori le opportune prescrizioni e nella vigilanza e verifica della corretta applicazione da parte delle imprese esecutrici delle disposizioni loro pertinenti che non si estende ad un compito di controllo pedissequo di ogni attività concretamente svolta nel cantiere, ovvero la posizione di garanzia che assume il coordinatore per la sicurezza nella fase esecutiva impone un attivo e costante controllo sul cantiere che implica, in caso di accertata violazione delle cautele, un immediato provvedimento di sospensione dei lavori?

7. L'evento eccezionale ed imprevedibile da parte del garante e la concreta efficacia impeditiva delle cautele specifiche di cui si contesta l'omissione.

Il fulcro della questione che ha impegnato la Corte di Legittimità, ad avviso di chi scrive, è da individuarsi nella natura degli obblighi di verifica e di coordinamento gravanti sul coordinatore per la sicurezza nella fase esecutiva.

Più volte la Suprema Corte si è premurata di delimitare il perimetro del dovere di vigilanza gravante sul coordinatore per l'esecuzione dei lavori ed ha precisato che *“nell'ambito del lavoro nei cantieri temporanei o mobili il coordinatore per l'esecuzione ha un'autonoma funzione di alta vigilanza che riguarda la generale configurazione delle lavorazioni che comportano rischio interferenziale e non anche il puntuale controllo, momento per momento, delle singole attività lavorative, attività demandata ad altre figure operative (datore di lavoro, dirigente, preposto), assumendo una funzione più generale di garante solo in caso di macroscopica carenza organizzativa o macroscopica inosservanza della normativa antinfortunistica, cosa che determinerebbe l'obbligo per lo stesso di sospendere le singole lavorazioni fino alla verifica degli opportuni adeguamenti da parte delle imprese interessate”*⁸.

⁸ Cass. pen., sez. IV, 15.2.2019, n. 17213 e nei medesimi termini, Cass. pen., sez. IV, 24.5.2016, n. 27165.

I dati che emergono dalla ricostruzione fattuale offerta dalla Suprema Corte nel caso in esame non consentono di pronunciarsi in ordine al tipo di condotta colposa che può aver determinato il sinistro letale. In altri termini non si evince dal testo della motivazione della sentenza se il contatto dell'autopompa con la linea elettrica in sospensione fosse conseguente ad una erronea valutazione delle situazioni di rischio interferenziale nel piano di sicurezza e di coordinamento e nella successiva attività di verifica e di coordinamento demandata all'odierno ricorrente, ovvero sia derivato da un'errata manovra annoverabile tra le concrete modalità di svolgimento delle attività lavorative, con conseguente esclusiva responsabilità dei principali garanti della sicurezza in ambiente di lavoro (datore di lavoro, dirigente e preposto).

Ogni valutazione, compiuta alla luce dell'alternativa sopra prospettata, dovrà poi tener conto dell'ulteriore circostanza temporale nella quale si è concretamente verificato l'infortunio (nottetempo ed in clandestinità), tale da poter escludere l'effetto impeditivo di ogni cautela eventualmente adottata. Le condizioni di visibilità scarsa e la necessità di operare senza richiamare l'attenzione possono aver determinato nuove ed imprevedibili situazioni di rischio ovviamente non valutabili in un contesto ordinario e lecito, delle quali non può che rispondere solo colui il quale ha partecipato alle operazioni edificatorie illecite.

La direzione verso la quale orientarsi viene in altri termini indicata dalla Corte di cassazione che segnala la necessità di chiarire *«da quali elementi [possa] essere desunta la colpevolezza da parte del ricorrente, della ripresa dei lavori sul cantiere in condizioni di clandestinità»* e, d'altro lato, quali siano le ragioni per le quali si ritiene che sussista *«efficacia impeditiva dell'evento dannoso in caso di adempimento del comportamento atteso da parte del ricorrente»*.

8. La valutazione offerta dalla Corte di Appello e quella indicata dalla Corte di Cassazione.

Alla luce del reticolo normativo in precedenza rappresentato e degli spunti di riflessione offerti in ordine alla valutazione dell'elemento soggettivo del reato, è lecito domandarsi se – ed in che misura – il coordinatore per la sicurezza nella fase esecutiva dei lavori debba rispondere penalmente di eventi lesivi verificatisi in un momento ed in un contesto nel quale, (i) da un lato, era lecito fare affidamento sul rispetto da parte dei lavoratori del divieto di proseguire nei lavori, determinato dal venir meno del titolo edificatorio e dal conseguente provvedimento di sospensione dell'attività nel cantiere, (ii) dall'altro si era operato in condizioni di assoluta inadeguatezza rispetto al normale espletamento delle mansioni lavorative previste.

La risposta che la Corte di merito fornisce alla predetta questione, pur trascurando taluni aspetti di fondamentale importanza, è di senso affermativo: *“sebbene la licenza edilizia risultasse scaduta di validità allorquando si verificò l'infortunio mortale ai danni del C., si osserva che il V. non procedette a contemplare il rischio all'incolumità degli operai – rappresentato dalla presenza di linee elettriche a media tensione in prossimità dei lavori – e né tantomeno provvide a sospendere le lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti da parte delle imprese interessate, neppure allorquando l'esecuzione della commissionata opera edilizia procedeva in costanza di autorizzazione. Appare pertanto evidente che, qualora il V. avesse adempiuto agli*

obblighi di garanzia su lui gravanti, l'evento non si sarebbe verificato anche se – come appunto accaduto nel caso di specie – i lavori all'interno del cantiere erano proseguiti nella clandestinità, in quanto la concessione edilizia era scaduta".

In altri termini, la Corte di Appello di Cagliari, Sezione distaccata di Sassari, sembrerebbe accogliere l'ipotesi per cui una corretta valutazione del rischio di contatto tra l'autopompa e la linea elettrica in sospensione sulla zona di lavoro ed una successiva e costante verifica delle cautele all'uopo improntate, da parte del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, avrebbe potuto scongiurare l'evento letale.

La motivazione, per come più volte precisato, non soddisfa tuttavia il requisito della completezza poiché, in ragione di quanto statuito dalla Corte di Cassazione, da un lato, non indica «*da quali elementi [possa] essere desunta la colpevolezza da parte del ricorrente, della ripresa dei lavori sul cantiere in condizioni di clandestinità*» e, d'altro lato, quali siano le ragioni per le quali si ritiene che sussista «*efficacia impeditiva dell'evento dannoso in caso di adempimento del comportamento atteso da parte del ricorrente*».

Le chiare indicazioni offerte dalla Suprema Corte, invero, si collocano in una nuova prospettiva sempre più ricorrente in seno alla quarta sezione penale che mira a sensibilizzare la magistratura di merito sul tema della dimensione soggettiva della colpa.

Ed invero, sebbene non rientri tra i doveri del coordinatore per l'esecuzione dei lavori quello di controllare momento per momento le operazioni svolte dal lavoratore, è altrettanto evidente che non può sussistere responsabilità di alcun garante nelle ipotesi nelle quali il lavoratore tenga un comportamento abnorme, da intendersi come quello consistente in una condotta radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti del lavoratore nell'esecuzione del lavoro⁹.

L'abnormità di cui sopra (ma anche in mero agire imprudente) andrà considerata non solo nel momento relativo alla verifica della sussistenza del nesso causale tra condotta colposa (eventualmente omissiva) del garante ed evento occorso al lavoratore ma, per quanto recentissimamente precisato dalla medesima quarta sezione della Suprema Corte, anche nella fase di accertamento in ordine alla sussistenza dell'elemento psicologico del reato e dunque, per richiamare l'espressione utilizzata per il caso in esame dalla sentenza in commento, anche per individuare «*gli elementi [dai quali possa] essere desunta la colpevolezza*» del ricorrente in ordine alla «*ripresa dei lavori sul cantiere in condizioni di clandestinità*».

In tal senso si è recentissimamente pronunciata la quarta sezione della Corte di Cassazione che ha precisato come «*l'agire imprudente del lavoratore può rilevare nell'ottica dell'elemento oggettivo del reato, sotto il profilo dell'interruzione del nesso causale, oppure nell'ottica dell'elemento soggettivo, sotto il profilo dell'esclusione della colpa del datore di lavoro*»¹⁰.

Appare quindi oramai definitivamente superata quella discutibile tendenza che, più volte segnalata in dottrina, riduceva il procedimento di valutazione dell'elemento soggettivo nei reati colposi compiuti con violazione della disciplina normativa dettata a tutela della salute e sicurezza sul lavoro alla mera ricerca di una disposizione

⁹ Cass. pen., sez. IV, 10.01.2018, n. 7188; Cass., pen. Sez. IV, 13.12.2016, n. 15124.

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 3.12.2020, n. 12137.

cautelare la cui violazione determinava, in modo pressoché automatico e pur tuttavia ridotto alla sola dimensione oggettiva, la sussistenza della colpa specifica¹¹. Il descritto pericolo assumeva connotati decisamente preoccupanti in ragione della vastità e della minuziosità della disciplina che regola la sicurezza e la salute sul lavoro, oggi dettata dal d.lgs. 81/08. Verosimilmente, per come autorevolmente affermato in dottrina, “*qualsiasi istanza di protezione trova la sua disciplina in una norma cautelare immediatamente prescrittiva o in una direttiva di principio programmatica*”¹².

Il chiaro segnale proiettato dalla sentenza in commento invita a non soffermarsi alla mera equazione “*violazione della regola cautelare=colpa specifica*” ma a valutare, nel concreto della dinamica dei fatti così come accertati, se il soggetto chiamato a rispondere dell’evento letale fosse effettivamente nella condizione materiale e psicologica per poterlo impedire.

9. Conclusioni.

In un ipotetico sviluppo della nuova fase di merito della vicenda in esame non appare peregrina l’ipotesi secondo cui la Corte di Appello potrebbe soffermarsi sulla valutazione dell’effetto impeditivo della condotta del coordinatore per l’esecuzione dei lavori il quale – nell’ipotesi in cui il Piano di sicurezza e coordinamento non prevedesse il rischio in esame – avrebbe potuto adeguare, ai sensi dell’art. 5 lett. b) d.lgs. 494/96 (oggi 92 lett. b), d.lgs. 81/08) “*il piano di sicurezza e coordinamento di cui all’art. 100 [...] in relazione all’evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute*” – mentre – nell’ipotesi contraria – riscontrata la sussistenza di “*un pericolo grave ed imminente*”, avrebbe comunque potuto disporre “*la sospensione della singola lavorazione fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate*”.

È evidente che entrambe le opzioni non avrebbero potuto far fronte ai rischi derivanti da un’illecita e clandestina ripresa dei lavori che, da un lato, (i) ben avrebbe potuto svolgersi anche in totale spregio di ogni cautela prevista sia nel documento di valutazione dei rischi sia nel piano di sicurezza e di coordinamento, dall’altro, (ii) sarebbe stata comunque caratterizzata da nuove e diverse situazioni di rischio ovviamente non prevedibili in un contesto di legalità.

C’è da auspicarsi che la nuova valutazione della dimensione soggettiva del reato contestato al ricorrente recepisca gli spunti di riflessione in precedenza offerti e consideri, con attenzione, anche la dimensione soggettiva della colpa.

¹¹ In tal senso si segnala G. MARINUCCI, *La colpa per violazione di legge*, Milano, 1965, 236 ss. e R. BLAIOTTA, *Diritto Penale e sicurezza sul lavoro*, torino, 2020, 240

¹² *Ibidem*.

LA CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI «MANOVRE SPECULATIVE SU MERCI» NEL CASO DI VENDITA, AL TEMPO DEL CORONAVIRUS, DI MASCHERINE PROTETTIVE AD UN PREZZO IRRAGIONEVOLMENTE ELEVATO

Commento a Corte di cassazione, Sez. III Penale, (ud. del 16.10.2020)
dep. 22.12.2020, n. 36929, Liberati Presidente - Gentili Relatore - Baldi P.M.

Salvatore De Bonis*

MASSIMA

In tema di manovre speculative su merci, dal momento che, in costanza di emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus SARS-CoV-2 (coronavirus), i dispositivi di protezione individuale, quali sono le mascherine protettive, sono da considerarsi prodotti di prima necessità, la loro commercializzazione a prezzi irragionevolmente cari integra il reato di cui all'art. 501-bis c.p., qualora detta condotta sia idonea a determinare un generalizzato, o comunque diffuso, rincaro del prezzo di detti beni, tale da incidere sul mercato interno (nel caso di specie, la S.C. ha escluso la configurabilità del delitto di cui all'art. 501-bis c.p., in provvisoria contestazione, ritenendo improbabile che la condotta speculativa posta in essere dal soggetto attivo potesse incidere sul mercato interno, in ragione della modestia della struttura imprenditoriale della Società di cui l'indagato era titolare, dimostrata dalla esiguità delle scorte di materia prima alla stessa sequestrate e dalla unicità del macchinario utilizzato per la produzione delle mascherine protettive).

Sommario: **1.** Premessa. - **1.1.** Osservazioni introduttive: *ratio legis* e breve inquadramento storico. - **2.** La struttura del delitto di «manovre speculative su merci» nei suoi elementi essenziali. - **3.** La vicenda processuale all'esame della Corte di Cassazione. - **4.** Considerazioni conclusive.

Abstract

L'autore, dopo aver tratteggiato la ratio legis della fattispecie delittuosa di «manovre speculative su merci» (art. 501-bis c.p.) ed inquadrato storicamente i motivi che hanno condotto all'introduzione della stessa, nonché descritto gli elementi essenziali del predetto delitto, prendendo le mosse dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 36929 del 22.12.2020, si propone di analizzare il tema della configurabilità del delitto di «manovre speculative su merci» nel caso di vendita, nell'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus SARS-CoV-2 (c.d. Covid-19), di mascherine filtranti protettive ad un prezzo irragionevolmente elevato.

The author, after having outlined the ratio legis of the criminal case of "speculative maneuvers on goods" (art. 501-bis of the criminal code) and historically framing the reasons that led to the introduction of the same, as well as describing the essential elements of the aforementioned crime, starting from the ruling of the Court of Cassation n. 36929 of 22.12.2020, it is proposed to analyze the issue of the configurability of the crime of "speculative maneuvers on goods" in

* Avvocato del Foro di Potenza - Dottore di Ricerca in diritto Penale - Università di Parma.

the case of sale, in the health emergency due to the spread of the SARS-CoV-2 virus (so-called Covid-19), of protective filter masks at an unreasonably high price.

1. Premessa.

Con la sentenza che si offre all'attenzione, la Corte di Cassazione torna ad occuparsi, in termini di sommaria deliberazione, del delitto di «manovre speculative su merci» (art. 501-*bis* c.p.) e, segnatamente, della configurabilità del citato reato (*recitius* sussistenza del *fumus delicti*) nel caso in cui il presunto soggetto attivo, esercente un'attività di carattere imprenditoriale, produca e successivamente immetta sul mercato mascherine filtranti protettive generiche con un ingente rincaro del relativo prezzo (nel caso sottoposto all'attenzione della S.C. pari al 350%); condotta, questa, posta in essere nella vigenza di molteplici norme emergenziali, di diversa fonte e rango, legate alle manovre di contenimento della diffusione del contagio da virus c.d. Covid-19, sanciti, tra l'altro, l'uso obbligatorio di dette mascherine protettive per lo svolgimento di taluni atti ordinari della vita quotidiana e di relazione.

1.1. Osservazioni introduttive: *ratio legis* e breve inquadramento storico.

A differenza del codice Zanardelli, che prevedeva due differenti fattispecie incriminatrici delle condotte speculative (artt. 293 e 326), a seconda che fossero caratterizzate da attitudine ingannatoria o meno, l'originaria scelta operata con il codice Rocco fu quella di introdurre la sola fattispecie di c.d. «aggiotaggio»¹ (art. 501 c.p.), senza attribuire specifica rilevanza penale alle condotte speculative non caratterizzate da frode².

Successivamente, con l'emanazione del d.l. 15.10.1976, n. 704, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. unico della l. 27.11.1976, n. 787, si è assistito all'introduzione, all'interno del nostro codice penale (Capo I, Titolo VIII del Libro II, dedicato ai «delitti contro l'economia pubblica»), del reato di «manovre speculative su merci» (art. 501-*bis* c.p.); tanto, al fine di fornire una risposta sanzionatoria autonoma e più efficace rispetto ai descritti comportamenti speculativi che, in un periodo storico caratterizzato da una significativa crisi economico-finanziaria, si temeva potessero determinare l'insorgere di tensioni sociali³.

Difatti, trascorsi 40 anni dall'emanazione del codice Rocco, si era assistito alla diffusione, anche in ragione del mutato scenario politico ed economico, di condotte

¹ Sul tema si v. L. CONTI, voce *Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi o valori*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1957, 842 ss.; D. BONDI, *La risposta dell'autore*, in *Indice pen.*, 2002, 911; M.B. MAGRO, *Aggiotaggio*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010, 672 s.

² M.B. MAGRO, *Aggiotaggio*, cit., 676 e 681.

³ R. CURCI, *Manovre speculative su merci*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, V, I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010, 735; sul tema si v. anche C.M. POLVANI, *La repressione delle manovre speculative sulle merci nell'art. 501-bis del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 1021.

speculative di accaparramento di beni di consumo, reiteratamente poste in essere da alcuni operatori di settore, finalizzate a determinare la rarefazione sul mercato di detti beni, con conseguente aumento del relativo prezzo⁴.

Ratio legis, quella appena illustrata, confermata anche dalla S.C. nella sentenza in esame, ove è affermato che l'introduzione del delitto in parola "era chiaramente finalizzata, in un'epoca segnata da gravi crisi economiche per lo più legate alle tensioni internazionali riguardanti il mercato degli idrocarburi, ad impedire che siffatte tensioni economiche, (...), potessero essere prese a spunto, (...) per la realizzazione nel mercato interno di manovre esclusivamente speculative su merci di largo consumo".

Ciò posto, per meglio comprendere la scelta operata del Legislatore del 1976, sia consentito ribadire che, antecedentemente alla novella in parola, il descritto fenomeno speculativo illecito poteva essere astrattamente fronteggiato, anche se con oggettive difficoltà, esclusivamente attraverso la fattispecie delittuosa di cui all'art. 501 c.p. (c.d. aggioaggio). Come correttamente osservato in dottrina, però, la struttura della fattispecie di aggioaggio – quale delitto di frode, configurabile in presenza di una condotta dell'agente, sorretta dal dolo specifico costituito dal «fine di turbare il mercato dei valori e delle merci» e tale da compromettere, almeno potenzialmente, l'economia nazionale – si era rivelata inadeguata a fronteggiare i fenomeni speculativi *tout court*, peraltro frequentemente interessanti ambiti più ristretti di quello nazionale⁵ (sul tema, si v. *infra* § 2). Invero, con la previsione del delitto di aggioaggio, il Legislatore non ha inteso punire, in maniera generalizzata ed indiscriminata, tutte le condotte genericamente "speculative", bensì proibire quei comportamenti artificiali, capaci di influenzare con espedienti decettivi le determinazioni degli operatori di mercato; in altre parole, a pena della violazione del principio di legalità, la nozione di artificio, che allude ad una *immutatio rei*, connotante le condotte p. e p. dall'art. 501 c.p., non può includere le operazioni speculative prive dei caratteri della falsità, della frode e della frodolenza, ossia le manovre speculative diverse dalle "turbative fraudolente"⁶.

In definitiva, il Legislatore italiano, mediante l'introduzione delle due diverse fattispecie di reato in parola, ha inteso rimarcare la differenza sussistente, sul piano economico e concettuale, tra manovre fraudolente e manovre speculative. Dalla lettura sistematica degli artt. 501 e 501-bis c.p., si desume che nella nozione di "altri artifici", come detto comprensiva delle "turbative fraudolente" punite a norma dell'art. 501

⁴ Sul tema si v. Relazione Senatore Rosi alla 2a Commissione permanente al Senato. In dottrina si v. C. LATTANZI, *Sub art. 501-bis c.p.*, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, VI, *I delitti contro la fede pubblica, I delitti contro l'economia pubblica, L'industria e il commercio, I delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, I delitti contro il sentimento per gli animali, i delitti contro la famiglia*, Milano, 2016, 586.

⁵ R. CURCI, *Manovre speculative su merci*, cit., 736; si veda altresì M.B. MAGRO, *Aggioaggio*, cit., 682, il quale precisa che l'artificio, tipico del delitto di aggioaggio, «che allude ad un'*immutatio rei*, ad un ché di fittizio e di artefatto, non può includere operazioni speculative prive di quei requisiti, a pena di una violazione del principio di legalità».

⁶ Sul tema, si v. più diffusamente M.B. MAGRO, *Aggioaggio*, cit., 675 s. e 682 s.; A. SVAMPA, *Reati economici e supplenza giudiziaria: il caso dell'aggioaggio immobiliare (art. 501-bis c.p.) e la legislazione sull'equo canone*, in *Riv. pen. economia*, 1991, 389; in senso differente C. PEDRAZZI, *Turbativa dei mercati*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, 424; *Id.*, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Digesto pen.*, III, Torino, 1993, 654; *Id.*, *Problemi del delitto di aggioaggio*, Milano, 1958.

c.p., non possono essere ricondotte quelle condotte speculative connotate dall'abuso di posizione dominante sul mercato, inteso quale abuso di potere per eccellenza economico, sebbene esse siano in grado di sortire l'effetto tipico descritto dall'art. 501 c.p., ovvero siano idonee ad influenzare in modo reale la situazione di mercato e l'andamento dei prezzi, modificando sensibilmente il volume globale della domanda e dell'offerta⁷.

In ogni caso, qualunque sia la corretta interpretazione, si evidenzia che l'art. 501-bis c.p., dopo una prima fase, immediatamente successiva alla sua introduzione, determinata dalla descritta particolare situazione economico-finanziaria, ha trovato scarsa applicazione pratica, tanto che in dottrina si è pure dubitato della sua utilità⁸.

2. La struttura del delitto di «manovre speculative su merci» nei suoi elementi essenziali.

Preliminarmente, al fine di meglio inquadrare la questione che ci occupa, appare opportuno evidenziare che la dottrina⁹ e la giurisprudenza maggioritaria, a dispetto della possibile attribuzione della condotta a «chiunque», così come indicato nel dettato normativo, tendono a qualificare la fattispecie delittuose di cui all'art. 501-bis c.p. come reato proprio; ciò in ragione di quanto successivamente specificato nella norma precettiva *de qua*, ove si fa espresso riferimento al porre in essere una delle condotte tipiche «nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale»¹⁰. Indirizzo, questo, ribadito anche con la sentenza in commento, ove è chiarito che il costruito linguistico della norma in parola, «attraverso l'uso del sostantivo "esercizio" (espressione questa che nel suo significato richiama una condotta di tipo sistematico o, comunque, metodicamente ripetuta), appare riferirsi non allo svolgimento del tutto occasionale ed estemporaneo dell'attività in discorso, ma al fatto che questa sia praticata da parte di chi ad essa sia addetto con una certa stabile continuità». Secondo illustri Autori, però, il delitto *de quo* può essere posto in essere, oltretutto dal produttore o dal commerciante professionista, anche da chi si dedichi solo per un limitato periodo ad un'attività produttiva o commerciale, non essendo richiesta, nella lettera della norma, alcuna forma di professionalità nell'agente¹¹. A parere di chi scrive, detto ultimo orientamento appare pienamente condivisibile poiché la norma in parola fa solo riferimento all'esercizio di «qualsiasi attività produttiva o commerciale» e, di conseguenza, non esclude l'esercizio temporaneo ed occasionale delle attività in parola, eventualmente proprio al fine di porre essere le manovre speculative vietate.

⁷ In tal senso, si v. M.B. MAGRO, *Aggiotaggio*, cit., 683.

⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2006, 618.

⁹ Sul tema si v. L. CONTI, voce *Manovre speculative su merci*, in *Noviss. Dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, 1099; C. LATTANZI, *Sub art. 501-bis c.p.*, cit., 586.

¹⁰ Espressione contenuta nel primo comma dell'art. 501-bis c.p. e richiamata nel secondo comma della medesima norma.

¹¹ N. MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia, l'industria ed il commercio*, in U. GUERINI - N. MAZZACUVA (a cura di) *Codice di diritto penale dell'economia*, Rimini, 1992, 789; C.M. POLVANI, *La repressione*, cit., 1025; R. CURCI, *Manovre speculative*, cit., 737; in senso difforme si v. C. PEDRAZZI, voce *Turbativa dei mercati*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 427.

Quanto alla struttura oggettiva, deve osservarsi che il delitto *de quo* può presentarsi nelle forme disciplinate, pur con identica cornice edittale, nel primo e nel secondo comma dell'art. 501-bis c.p. Segnatamente, esso può essere integrato mediante diverse condotte alternative, consistenti, secondo la previsione di cui al primo comma, nella realizzazione di manovre speculative o nell'occultamento, nell'accaparramento o nell'incetta di «materie prime, generi alimentari di largo consumo o di prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno»; mentre, secondo la previsione di cui al secondo comma, nella sottrazione all'utilizzazione o al consumo di rilevanti quantità delle materie e dei prodotti di cui innanzi, posta in essere nella consapevolezza della «presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno» interessanti le citate merci.

Per quanto attiene alla previsione di cui al primo comma della norma in parola, si evidenzia, *in primis*, che i concetti di «occultamento», «accaparramento» ed «incetta» dei citati beni mobili corrispondono a fenomeni naturalistici e sono facilmente identificabili nella condotta di chi, avendoli prodotti, li sottragga al mercato, tenendoli nascosti e negandone la disponibilità, ovvero in quella di chi, dopo averli acquisiti da altri soggetti, li accumuli in misura ampiamente superiore ai propri bisogni imprenditoriali, senza riversarli sul mercato.

Più complessa è l'attribuzione di significato al concetto «compiere manovre speculative». In dottrina, proprio per la genericità di detta espressione, si è ritenuto trattarsi di una sorta di clausola di chiusura, atta a ricomprendere qualsivoglia tipologia di condotta idonea a conseguire profitti superiori a quelli conseguibili attraverso il normale esercizio di un'attività commerciale¹², con conseguente ampia discrezionalità valutativa riservata al giudice¹³.

Ai fini dell'integrazione della fattispecie in parola, nel rispetto della sua genesi, le descritte condotte devono avere ad oggetto «materie prime», «generi alimentari di largo consumo» o «prodotti di prima necessità»; in detta ultima categoria, rilevante per il tema che ci occupa, rientrano tutte le tipologie di beni mobili¹⁴, di vario genere, la cui disponibilità è indispensabile per lo svolgimento di una vita libera e dignitosa.

Ciò posto, si precisa che, ai fini della configurabilità della fattispecie in analisi, la condotta deve essere idonea¹⁵ a determinare la rarefazione ovvero il rincaro del prezzo, sul mercato interno, delle merci oggetto della condotta stessa. In giurisprudenza

¹² Sul tema si v. N. MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia*, cit., 789; CARCANO, *Brevi note in tema di «manovre speculative» in danno dei consumatori*, in *Cass. pen.*, 1992, 10. 2364; in giurisprudenza si v. Trib. Lecce Ord., 21.4.2020, n. 6.

¹³ L. CONTI, voce *Manovre speculative*, cit., 100.

¹⁴ La S.C. ha chiarito che il reato in parola non è configurabile nel caso di manovre speculative aventi ad oggetto beni immobili, quali edifici o terreni (Cass. pen., Sez. VI. Ord. 26.5.1979, n. 2030); sul tema, inoltre, la Corte Costituzionale ha affermato essere «manifestatamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 501-bis c. p., in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41 e 42 Cost., poiché l'eventuale accoglimento dell'eccezione, che denuncia la mancata previsione nella norma incriminatrice del fatto di colui il quale compia manovre speculative su beni immobili, porterebbe sostanzialmente alla creazione di una nuova fattispecie penale, compito invero spettante esclusivamente al legislatore».

¹⁵ In dottrina si discute se l'idoneità della condotta debba essere intesa come idoneità concreta (in tal senso, N. MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia*, cit., 790) oppure astratta (in questo senso L. CONTI, voce *Manovre speculative*, cit., 1099).

e dottrina è stato chiarito che il concetto di «mercato interno», sebbene non debba essere inteso come l'intero mercato nazionale, deve tuttavia ritenersi evocabile solamente ove si tratti di fenomeni riguardanti non già una fetta meramente marginale del mercato – avente, quindi, una rilevanza solo microeconomica – ma una significativa parte di esso (anche un mercato locale, purché riguardante una zona sufficientemente ampia del territorio nazionale), potendosi solo in tal caso individuare una potenziale lesione dell'economia pubblica¹⁶.

Mentre la prima fattispecie, innanzi sommariamente descritta, pare riconducibile ad un'ipotesi di reato di pericolo, il secondo comma della norma in parola individua una fattispecie di pura condotta in quanto, presupposta la presenza di fenomeni di «rarefazione o rincaro sul mercato interno» delle merci già indicate, il reato è perfezionato in seguito alla sottrazione «alla utilizzazione o al consumo di rilevanti quantità» delle stesse¹⁷.

Fin da subito, tralasciando i concetti di «mercato interno» (già analizzato in precedenza) e di «sottrazione all'utilizzazione o al consumo» (di facile individuazione), appare opportuno evidenziare che i citati fenomeni (rarefazione delle merci o rincaro del loro prezzo) devono assumere, per intensità e durata, una sostanziale rilevanza ed eccezionalità, onde evitare che ogni momentanea penuria di merci – di per sé idonea a determinare un aumento dei prezzi – possa portare alla contestazione del reato *de quo*.

Ciò posto, senza incorrere in inutili ripetizioni, sia solo consentito evidenziare che il parametro «rilevanti quantità» appare di difficile identificazione oggettiva e, quindi, rimesso alla valutazione del giudice; al riguardo, infatti, la S.C. ha semplicemente chiarito che la sottrazione di rilevanti quantità deve determinare “*un serio pericolo per la situazione economica generale*”¹⁸.

3. La vicenda processuale all'esame della Corte di Cassazione.

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto dalla difesa dell'indagato avverso l'ordinanza n. 38/2020 emessa in data 27.5.2020 dal Tribunale di Vicenza, con la quale era stato in parte confermato il provvedimento di convalida, emesso dal PM presso lo stesso ufficio giudiziario, del sequestro probatorio eseguito dalla Guardia di Finanza, avente ad oggetto una serie di documenti contabili rinvenuti presso la sede della Società Alfa, di un rotolo di tessuto in cotone e di una matrice utilizzata dalla medesima Società per la produzione di mascherine filtranti protettive generiche.

Segnatamente, il Tribunale di Vicenza – dato atto che dalle indagini eseguite era risultato che la Società Alfa, produttrice, aveva immesso sul mercato le mascherine con un rincaro pari al 350%, ed altresì rilevato che a carico del titolare della predetta impresa era stato provvisoriamente ipotizzato il reato di cui all'art. 501-*bis* c.p. – ave-

¹⁶ Cass. pen., 13-11-1980; Cass. pen., sez. VI, 15-05-1989. In dottrina, si v. L. CONTI, voce *Manovre speculative*, cit., 844; C.M. POLVANI, *La repressione*, cit., 1034; G. LA CUTE, *Le manovre speculative su mercati: una nuova ipotesi di aggio*, in *Giur. merito*, 1978, III, 755.

¹⁷ R. CURCI, *Manovre speculative*, cit., 739 e 741.

¹⁸ Cass. pen., sez. VI, 2.3.1983, n. 2385; in dottrina si v. C.M. POLVANI, *La repressione*, cit., 1034.

va, tra l'altro, evidenziato, quanto alla sussistenza del *fumus delicti*, che, alla luce della legislazione emergenziale finalizzata al contenimento del contagio da coronavirus, le mascherine protettive del tipo di quelle in produzione presso l'impresa gestita dall'indagato dovevano essere ritenute equiparabili a «prodotti di prima necessità», in quanto obbligatoriamente da indossare, in una serie di circostanze, per l'espletamento di atti ordinari della vita quotidiana.

Tanto evidenziato, il Tribunale – dopo aver dato atto che nel caso posto alla sua attenzione sussistevano gli elementi per ritenere utile, onde verificare l'ipotesi accusatoria, l'espletamento di ulteriori indagini per acquisire altri elementi probatori, non diversamente accertabili in assenza della sottrazione all'indagato di alcuni dei beni oggetto di sequestro – aveva, però, parzialmente accolto l'istanza di riesame, disponendo l'annullamento del provvedimento di convalida del sequestro limitatamente al rotolo di tessuto in cotone ed alla matrice delle mascherine, ritenendo detti beni non rilevanti per le indagini riguardanti la fattispecie in provvisoria contestazione; confermando, invece, il provvedimento oggetto di riesame quanto alle scritture contabili.

Tra i due motivi di ricorso proposti, avverso detta ordinanza, dalla difesa dell'indagato, ci si sofferma, in questa sede, esclusivamente sul secondo, con il quale è stata in via gradata lamentata l'erronea applicazione dell'art. 501-*bis* c.p. e, segnatamente, contestata l'astratta configurabilità della fattispecie delittuosa ivi p. e p., sia in relazione alla riconducibilità delle già citate mascherine protettive alla categoria dei «beni di prima necessità», sia in relazione alla sussistenza del «rischio di rarefazione o rincaro sul mercato interno», sia, infine, in merito alla configurabilità di una «manovra speculativa» nella descritta condotta posta in essere dall'indagato.

La S.C. – dopo aver affermato l'inammissibilità del primo motivo di censura, avente ad oggetto la dedotta mancanza di motivazione, ovvero l'apparenza di essa, in relazione alla effettiva destinazione ad una finalità probatoria della documentazione contabile oggetto di sequestro – ha ritenuto fondato il ricorso e, per l'effetto, annullato l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo esame al primo giudice, in diversa composizione personale, affidando la propria decisione alle motivazioni di seguito esposte.

In primo luogo, nel valutare il *fumus commissi delicti*, dopo aver chiarito che gli elementi acquisiti permettevano di attribuire all'indagato la qualifica soggettiva necessaria all'integrazione del delitto in provvisoria contestazione, ha ritenuto corretta la decisione del Tribunale di Vicenza nella parte in cui le mascherine protettive, stante la legislazione emergenziale vigente, erano state ricondotte alla categoria dei «prodotti di prima necessità».

La Cassazione, invece, ha espressamente ritenuto “*assai arduo*” convenire con il Tribunale nella individuazione, nella condotta dell'indagato, del “*requisito della attitudine a determinare un generalizzato rincaro dei prezzi tale da incidere sul mercato interno*”; ciò, in ragione della “*modesta struttura imprenditoriale*” a disposizione dell'indagato, “*dimostrata dalla esiguità delle scorte presso di lui sequestrate e dalla unicità del macchinario da lui utilizzato nella catena produttiva*”. La S.C., quindi, ha ribadito il principio secondo cui “*l'espressione mercato interno non deve essere intesa quale sinonimo di mercato nazionale, tuttavia neanche è pensabile che, al fine di integrare il reato di cui trattasi, tenuto conto che il bene da esso tutelato è l'ordine economico nazionale, sia sufficiente incidere sui prezzi praticati in un ambito di mercato solo di vicinato*”.

4. Considerazioni conclusive.

Partendo dall'affermato principio di diritto, il tema che in questa sede si vuole approfondire è quello della configurabilità del delitto di cui all'art. 501-*bis* c.p. nel caso di vendita, nell'attuale situazione emergenziale dovuta alla diffusione del virus Covid-19, di mascherine filtranti protettive ad un prezzo notevolmente maggiorato rispetto a quello normale; volutamente tralasciando il tema processuale inerente l'ammissibilità, nel caso di ricorso per Cassazione avente ad oggetto provvedimenti cautelari reali, di censure riguardanti vizi della motivazione del provvedimento impugnato, pure affrontato nella sentenza annotata.

Al riguardo del tema che ci occupa, appare opportuno evidenziare, preliminarmente, che, a parere di chi scrive, la S.C. ha correttamente ritenuto che le mascherine protettive – stante l'attuale legislazione emergenziale che, per molte attività della vita quotidiana, ne prescrive l'uso obbligatorio – debbano essere ricondotte nella categoria dei «prodotti di prima necessità», dovendosi per tali intendere quelle merci, di varia natura e genere, la cui disponibilità è indispensabile per lo svolgimento di una vita libera e dignitosa¹⁹. Difatti, le mascherine facciali protettive svolgono, in aggiunta alla regola del distanziamento sociale, una importantissima funzione di “barriera”, che si interpone tra individuo e individuo, rendendo molto più difficile la trasmissione del virus SARS-CoV-2 che, come noto, nella maggior parte dei casi, si diffonde tra le persone attraverso le goccioline respiratorie emesse da un individuo infetto – mediante tosse, starnuti o anche semplicemente parlando – e, successivamente, inalate da altro soggetto sano, che si trovi nelle vicinanze.

Parimenti corretto è il ritenere che la condotta di produzione e successiva immissione sul mercato di detti beni mobili, con un rincaro del prezzo pari al 350%, nell'attuale periodo storico-economico caratterizzato dall'esponentiale aumento della domanda di detti dispositivi di protezione, sia da considerarsi speculativa. Come già evidenziato nel § 2, infatti, la locuzione «compiere manovre speculative», per la sua genericità, deve ritenersi una sorta di clausola di chiusura, atta a ricomprendere qualsivoglia tipologia di condotta commerciale diretta a fornire all'agente, ma a svantaggio di altri, un vantaggio in termini economici superiore rispetto a quello normalmente derivante dal commercio. Ciò posto, appare doveroso precisare, però, che il concetto in parola sembra riconducibile ad una sorta di “zona grigia”, interposta tra la sfera del lecito e quella dell'illecito; nel senso che, come noto, non tutte le manovre speculative assumono rilevanza penale, dovendosi valutare, al fine della ricorrenza della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 501-*bis* c.p., l'idoneità delle stesse a «determinare la rarefazione o il rincaro sul mercato interno» delle merci oggetto della condotta dell'agente.

In merito, per maggiore chiarezza espositiva, si ribadisce che i fenomeni della rarefazione delle merci o del rincaro del loro prezzo, sul mercato interno, devono assumere, per intensità e durata, una sostanziale rilevanza ed eccezionalità, onde evitare che ogni momentanea penuria di merci – di per sé idonea a determinare un aumento dei prezzi – possa portare alla contestazione del reato *de quo*. Se di immediata soluzione appare la definizione del concetto di rarefazione, lo stesso non può

¹⁹ In tal senso, si v. Trib. Lecce Ord., 21-04-2020, n. 6; Trib. Vicenza Ord., 27.5.2020, n. 38.

dirsi relativamente a quello di rincaro, per la cui individuazione, stante l'impossibilità di determinare l'equo prezzo di ciascuna merce (parametro dotato dei caratteri di obiettività), sembra opportuno far riferimento al prezzo di mercato praticato antecedentemente alla condotta del soggetto agente²⁰. Ciò chiarito, si comprende che la rilevanza penale della condotta di commercializzazione, con le indicate modalità e nella descritta situazione pandemica, di mascherine protettive, dipende dalla sua attitudine a determinare i descritti fenomeni sul «mercato interno».

Per meglio comprendere il significato di detto concetto, innanzi sommariamente descritto, occorre prendere le mosse dalla sentenza *Salerno* del 1989 con la quale la S.C. aveva affermato il principio secondo cui *“Ai fini della sussistenza del reato di manovre speculative su merci (...) è pur sempre necessario che tale condotta presenti la connotazione della pericolosità prevista dall'art. 501-bis c.p. nei confronti dell'andamento del mercato interno e, cioè, per essa, per le dimensioni dell'impresa, la notevole quantità delle merci e la possibile influenza sui comportamenti degli altri operatori del settore, possa tradursi in un rincaro dei prezzi generalizzato, o, comunque, diffuso; invero, la consumazione del reato richiede la sussistenza di comportamenti di portata sufficientemente ampia da integrare un serio pericolo per la situazione economica generale, con il rilievo che la locuzione 'mercato interno' rende certamente configurabile la fattispecie criminosa anche quando la manovra speculativa non si rifletta sul mercato nazionale, ma soltanto su di un mercato locale, però il pericolo della realizzazione degli eventi dannosi deve riguardare una zona abbastanza ampia del territorio dello Stato, in modo da poter nuocere la pubblica economia”*²¹.

Riassumendo, il concetto di «mercato interno», sebbene non debba ritenersi coincidente con quello di mercato nazionale, deve tuttavia ritenersi evocabile solamente ove si tratti di fenomeni riguardanti una zona sufficientemente ampia del territorio nazionale (anche se coincidente con un mercato locale). In applicazione delle indicazioni fornite dalla S.C. con la citata sentenza del 1989, il giudice del merito sarà chiamato ad effettuare una valutazione circa la descritta connotazione di pericolosità della condotta speculativa posta in essere dall'agente, all'uopo dovendo considerare le dimensioni dell'impresa, la quantità delle merci e la possibile influenza che la condotta speculativa stessa può avere sui comportamenti degli altri operatori del settore.

Il giudice, quindi, deve effettuare un'approfondita analisi volta ad accertare con quali modalità la condotta “speculativa” venga posta in essere e che rilevanza la stessa possa avere in relazione al mercato interno, nell'accezione innanzi indicata. In altre parole, il giudice è sempre chiamato ad effettuare uno sforzo di contestualizzazione del fatto, con particolare attenzione alla sua idoneità lesiva rispetto all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice *de qua* (che deve essere verificata secondo un giudizio *ex ante*), non ricorrendo altrimenti uno dei presupposti indispensabili della fattispecie incriminatrice in parola.

In buona sostanza, la condotta speculativa non è idonea, di per sé, ad integrare la fattispecie delittuosa in parola; è la descritta connotazione di pericolosità, infatti, a far assumere rilevanza penale alla condotta in analisi.

²⁰ Sul tema si v. C.M. POLVANI, *La repressione*, cit., 1037.

²¹ Cass. pen., sez. VI, 15-05-1989.

Ciò posto, per ovvi motivi, nel presente lavoro non sarà possibile approfondire il complesso tema dell'accertamento, in concreto, dell'idoneità «a determinare la rarefazione o il rincaro sul mercato interno» dei «prodotti di prima necessità» che deve connotare la manovra speculativa. Con prudenza, richiamate le indicazioni da tempo fornite dalla S.C., ci si limita ad osservare che l'attuale mercato globale, caratterizzato dalla grande catena distribuita e dal c.d. *e-commerce*, rende estremamente complicato affermare che la condotta speculativa, posta in essere da un singolo operatore commerciale, sia, anche solo astrattamente, idonea ad influenzare i comportamenti degli altri operatori del settore e, di conseguenza, a determinare un rincaro generalizzato dei prezzi.

Quanto innanzi sostenuto è confermato, oltreché dalle conclusioni a cui è pervenuta la S.C. con la sentenza annotata, dal fatto che la fattispecie di cui all'art. 501-*bis* c.p., dopo un primo periodo immediatamente successivo alla sua introduzione, ha avuto scarsissima applicazione pratica, tanto che autorevole dottrina è giunta pure a dubitare della sua utilità²².

Con ciò, però, non si vuole genericamente affermare la liceità di ogni condotta speculativa e l'inidoneità delle stesse a configurare il delitto *de quo*; si pensi al caso, pur residuale, in cui la condotta in analisi sia posta in essere dall'operatore commerciale avente una importantissima struttura imprenditoriale nel settore e quantitativi di merci assai considerevoli. In ogni caso, le manovre speculative *tout court* (*rectius*, prive della connotazione di pericolosità di cui all'art. 501-*bis* c.p.) ben potrebbero essere sanzionate dal punto di vista amministrativo se poste in essere mediante «pratiche commerciali scorrette» (si v. art. 20 del codice del consumo).

Tanto evidenziato, a parere dello scrivente, l'orientamento assunto dalla S.C. - in considerazione delle circostanze fattuali descritte in sentenza con riferimento alla struttura imprenditoriale della Società riconducibile all'indagato - è da ritenersi corretto poiché rispettoso dei tratti caratterizzanti la fattispecie di «manovre speculative su merci».

Il legislatore del 1976, infatti, ha specificatamente connotato, nei termini già evidenziati, la condotta speculativa degli esercenti un'attività produttiva o commerciale.

In conclusione, appare corretto ritenere che la vendita di mascherine protettive da parte di un operatore commerciale ad un prezzo irragionevolmente elevato sia una condotta certamente suscettibile, in astratto, di integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 501-*bis* c.p. poiché sussumibile nel concetto di «manovra speculativa», avente ad oggetto «beni di prima necessità». Ai fini della configurabilità del reato, però, il giudice sarà chiamato a valutare, con attenzione ed oculatezza, tutti gli elementi del caso concreto, offerti alla sua cognizione, onde appurare se la condotta posta in essere dall'agente possa tradursi in un rincaro dei prezzi generalizzato o, comunque, diffuso; al fine, così, di sceverare il comportamento speculativo in grado di determinare l'effettiva messa in pericolo del bene giuridico «economia pubblica» da quello originatosi in un normale contesto di mercato, in cui inevitabilmente l'aumento della domanda comporta l'aumento del prezzo.

²² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2006, 618; sul tema, in giurisprudenza si v. Trib. Lecce Ord. 21.4.2020, n. 6.

Parole criptiche: il primo processo penale sul “gergo” del crimine

Iacopo Benevieri*

In un articolo pubblicato dal Wall Street Journal si legge come nei giorni successivi ai noti fatti accaduti a Capitol Hill i sostenitori di Trump avessero adottato strategie per continuare a comunicare senza incorrere nelle varie forme di rimozione dei post attuate da parte delle principali piattaforme di social media¹.

Nell'ambito di questa strategia la parola d'ordine «*Stop the steal*» (“Fermate il furto”), coniata con riferimento alla teoria secondo la quale nel corso delle elezioni presidenziali americane del 2020 si sarebbe verificata una frode elettorale, è stata oggetto di fantasiosi anagrammi come “Lotta pets”, “Athlete posts”, “Host palettes”. La funzione principale di queste nuove espressioni era, di tutta evidenza, quella di permettere ai sostenitori dell'ex Presidente di continuare a comunicare tra di loro, senza farsi intendere da altri.

Negli studi di linguistica questa è, sostanzialmente, la funzione del “gergo”.

Sotto questa definizione possiamo raggruppare quelle varietà espressive proprie di categorie o gruppi particolari di parlanti che ricorrono a un lessico specifico con lo scopo non solo di dichiarare e consolidare la propria appartenenza al gruppo ma anche, soprattutto quando il gruppo è espressione di una controcultura o anti-cultura rispetto a quella dominante, di impedire che membri estranei possano prender parte alla comunicazione e comprenderla². Dunque la nozione di gergo richiama quella di “segreto”, informazione conosciuta e conoscibile da pochi soggetti. Il gruppo di parlanti ricorre a un linguaggio che è inclusivo ed esclusivo: include e aggrega gli intranei ed esclude la partecipazione degli estranei.

La formazione gergale è legata all'oralità e, come avviene per altre forme di comunicazione popolare, il parlante sente la necessità di comunicare in modo immediato, senza la riflessione e i ripensamenti che la forma scritta concede. L'aspetto dell'oralità rende difficile la registrazione e la documentazione dei termini gergali. Una delle caratteristiche distintive della varietà gergale è la praticità, in quanto «*l'invenzione*

* Avvocato del Foro di Roma.

¹ <https://www.wsj.com/articles/facebook-says-it-is-removing-all-content-mentioning-stop-the-steal-11610401305>.

² G. BERRUTO, *Sociolinguistica dell'italiano contemporaneo*, Roma, 2018, 28.

gergale è tutta plastica, strettamente figurativa, visiva: un mondo di “cose”, di colori sgargianti, di sensi spalancati e avidi...un mondo espressionista»³.

Con specifico riferimento al cd. “gergo della malavita” questo è caratterizzato, oltre all'uso di uno lessico specifico, anche dal ricorso a una semantica prevalentemente metaforica, con una finalità di contrapposizione alla società cd. “per bene”⁴.

Il trattato antico *Donats proensals*, risalente alla metà del sec. XIII circa, contiene un breve ma significativo riferimento al gergo che il testo glossa con l'espressione latina “*vulgare trutanorum*”, cioè “parlata dei mendicanti” o dei “ladri”⁵. Nel medesimo periodo l'ignoto autore del romanzo *Richard li biaus* racconta di come il suo eroe, entrando in un covo di ladri, avesse cercato un ben informato scudiero che sapeva tutto sul “gergo” (“gargoun”) dei truffatori e dei rapinatori⁶.

Sono, questi, i primi segnali della comparsa dell'idioma artificiale della malavita.

Nel 1484 Teseo Pini di Urbino scrisse lo “*Speculum cerretanorum*”, un trattato che descriveva le tecniche dei mendicanti che ingannavano chi, ingenuamente, credeva alla loro apparente miseria. Pini identifica trentanove distinte classi di falsi mendicanti e in appendice offre un glossario di molti termini gergali utilizzati per l'inganno.

A distanza di pochi anni viene pubblicata la più approfondita analisi moderna delle astuzie linguistiche messe in atto dai malfattori: il “*Liber vagabondorum*”. Il trattato contiene sia una classificazione dei truffatori, sia un lungo dizionario delle loro espressioni gergali e fu redatto dopo il 1509 da un autore ignoto, il quale si firmò come un “*expertus in truffis*”, cioè esperto in furfanteria.

In Italia l'interesse per il gergo dei criminali si attestò fin dal Rinascimento, allorché nacque l'interesse per lo studio dell'idioma “furbesco”, termine utilizzato per distinguere il gergo dei malviventi da quello delle altre categorie di parlanti che praticavano mestieri diversi prevalentemente ambulanti⁷.

Successivamente Lombroso intravide nel gergo una forma di devianza, in quanto espressione di emarginazione malavitosa. Per Lombroso l'attuazione del crimine in forme associative e organizzate determinava la creazione di un proprio linguaggio, la cui conoscenza è requisito indispensabile per accedere al gruppo.

Le teorie lombrosiane hanno avuto un riflesso nelle opere degli epigoni come Alfredo Niceforo, il quale nel 1897 pubblicò il “*Gergo nei normali, nei degenerati e nei criminali*”, prendendo in esame i tipi di gergo parlati presso alcuni gruppi sociali, tra i quali si contavano la “coppia amante”, la coppia “prostituta e souteneur” e i vari gruppi appartenenti agli strati sociali più bassi. Secondo Niceforo l'individuo che si trova in contrasto con l'ambiente che lo circonda ricorre in primo luogo all'arma del gergo, con la conseguenza che «*la lingua si traveste coprendosi di maschere ipocrite, di cenci orridi, di metafore orribili che nascondono il male e la lotta*»⁸.

³ FERRERO, *I gerghi della malavita dal 500 ad oggi*, Mondadori, 1972, 14.

⁴ G. BERRUTO, *op. cit.*, 185.

⁵ J. TRUMPER, *Slangs and Jargons*, in M. MAIDEN - J.C. SMITH - A. LEDGEWAY (a cura di), *The Cambridge History Of The Romance Languages*, Cambridge, Vol. 1, 660.

⁶ *Richars li Biaus: Roman du XIIIe siècle (Les Classiques français du Moyen Age)*, Parigi, 1983, vv. 3333-3353, 92.

⁷ E. BORELLO, *Le parole dei mestieri. Gergo e comunicazione*, Firenze, 2001, 11.

⁸ A. NICEFORO, *Il gergo nei normali, nei degenerati e nei criminali*, Bologna, 1972, 82.

D'altronde è proprio in quegli anni, in particolare nel 1861, che in Italia viene attestato per la prima volta il termine "camorra", il cui etimo è tuttora oggetto di pareri difformi⁹.

La prima attestazione di un processo penale che si occupò del gergo della malavita è contenuta in uno studio di Marcel Schwob.

Del francese Marcel Schwob la storiografia ufficiale ci consegna una precisa identità: quella di scrittore erudito di fine Ottocento, dallo stile onirico e sospeso; quella di filologo e di attento traduttore delle opere di Oscar Wilde; quella di un uomo stretto a illustri amici (si ricordi Paul Valéry) ma afflitto da una salute precaria, affetta da malattie mai diagnosticate, che nel 1903 posero fine alla sua breve e tormentata vita.

Nel 1890 Schwob pubblicò sulla rivista "*Mémoires de la Société Linguistique de Paris*" uno studio su un processo penale celebratosi tra l'ottobre e il dicembre del 1455 a Digione, capitale della Borgogna, contro una banda di malfattori, chiamati "Coquillards"¹⁰.

Secondo il procuratore della città, Jean Rabustel, in quel periodo un gruppo di persone avevano terrorizzato le campagne limitrofe a Digione, mettendo in atto rapine e furti, irrompendo nelle case e nelle locande, assaltando le carrozze.

La composizione del gruppo era eterogenea: accanto a mercenari o vagabondi, si contava anche chi aveva abbandonato professioni e mestieri, alcuni militari, molti ex detenuti e ciascuno di loro, una volta reclutato, forniva all'intero gruppo le proprie capacità e, conseguentemente, vi introduceva espressioni e parole proprie del proprio mondo di provenienza¹¹.

Il procuratore Rabustel eseguì subito alcune misure cautelari: su circa sessanta soggetti ricercati, riuscì ad arrestarne poco più di dieci. Nei confronti di costoro, dunque, il processo ebbe inizio il 3 ottobre 1455¹².

Nel corso dei numerosi interrogatori nessuno degli arrestati ebbe a confessare, tranne un tale (Domenico "le Loup") che fornì la chiave per accedere all'idioma segreto, il cd. "gergo" ("jargon")¹³. La caratteristica principale di questo gruppo di malfattori, infatti, era l'uso di un linguaggio criptico per non farsi intendere dalle autorità di polizia. Avevano attribuito convenzionalmente a vocaboli comunemente in uso significati del tutto diversi da quelli ordinari, trasformando così la lingua comune in un gergo incomprensibile a chi non avesse fatto parte della congrega, vale a dire in un «*linguaggio raffinato che gli altri non riescono a comprendere*»¹⁴.

⁹ Per approfondimenti, cfr. NOCENTINI *Camorra e ma(f)fia* in *Archivio Glottologico Italiano*, 2009, vol. 94, 79-87.

¹⁰ M. SCHWOB, *Le jargon des Coquillards en 1455*, in *Mémoires de la Société Linguistique de Paris*, 1890, 168-183, ristampato in M. SCHWOB, *Etudes sur l'argot français*, Parigi, 2004, 61-150.

¹¹ L. SAINÉAN, *Les sources de l'argot ancien. Des origines à la fin du XVIIIe siècle*, Parigi, 1912, 110 in <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2993546/f100.item>.

¹² V. TOUREILLE, *Une contribution à la mythologie des monarchies du crime: le procès des coquillards à Dijon en 1455*, in *Association Revue du Nord*, 2007/3 n. 371, 497 ss.

¹³ TOUREILLE, *op. cit.*, 500.

¹⁴ SCHWOB, *op. cit.*, 61: «*un langage exquis, que aultres gens ne seuvent entendre*»; cfr. altresì D. DELAPLACE, *Le Jargon des Coquillards à Dijon au milieu du xve siècle selon Marcel Schwob (1892)*, in *Classiques de l'argot et du jargon*, Parigi, n. 5, 2011, 406.

La stessa parola “Coquillars” era non solo il nome del gruppo, ma anche il vocabolo segreto usato dagli affiliati per riconoscersi. Il termine “coquillar” è stato tradotto con “Gente della Conchiglia”, “Popolo della Conchiglia” o “Conchiglianti”¹⁵, ipotizzando la derivazione da “coquille” (“conchiglia”), parola tradizionalmente associata ai falsi pellegrini in viaggio a Compostela, i quali portavano con sé quest’oggetto (notoriamente simbolo del pellegrinaggio) per ingannare i benefattori e approfittare indebitamente di cibo e ospitalità lungo il cammino¹⁶.

Schwob nel proprio studio riferiva dunque come uno dei temi principali affrontati nel processo fosse quello relativo al linguaggio usato dal gruppo di criminali, i quali ricorrevano, appunto, a «*un certo linguaggio in gergo*» («*certain langage de jargon*»)¹⁷.

Lo stesso pubblico ministero Jean Rabustel ebbe a riferire nel corso della propria relazione che «*ogni trucco di cui essi fanno uso ha un suo nome, nel loro gergo, e nessuno potrebbe comprenderlo se non fosse membro della loro società, o se uno di loro non lo rivelasse all’altro*»¹⁸.

Il Procuratore Rabustel dunque, per provare l’esistenza di queste convenzioni comunicative usate dal gruppo, presentò alla Corte un erudito glossario di parole e frasi criptiche, compilando in relazione a ciascun vocabolo in gergo il corrispondente significato nella lingua comune: “crocheteur” per “scassinatore”, “vendegeur” per “scippatore”, “pipeur” per indicare il truffatore nel gioco dei dadi, “rouhe” per indicare il Tribunale, “gaffres” per indicare il sovrintendente di polizia¹⁹, mentre i “mittenti” erano i sicari, i “piantatori” coloro che “seminavano” nella società soldi falsi, i “raccolgitori” coloro che erano specializzati in furto con scasso²⁰.

Il ricorso a questo linguaggio “segreto” consentiva agli affiliati di riferirsi in modo riservato ai ruoli gerarchici interni al gruppo, che risultava suddiviso tra coloro che erano “apprendisti” denominati “gaschatres” o “coquarts” e coloro che appartenevano alla élite, cioè i più esperti (“fin de la Coquille”)²¹.

In alcuni casi il significato delle parole poteva essere dedotto con la metonimia, come nel caso di «rouhe», ruota, che indicava la Corte di giustizia in quanto la ruota era tra gli strumenti di punizione più severi previsti dalle leggi all’epoca vigenti. In altri casi gli affiliati ricorrevano alla metafora, come quando definivano la vittima dei loro inganni con il nome di «dupe» o «huppe», cioè «piccione»²².

Nell’introduzione al suo rapporto Rabustel individua anche un ruolo apicale nel gruppo criminale, definito “Re delle Conchiglie”²³. Tuttavia questa pare essere stata una semplice deduzione dello zelante pubblico ministero, smentita da alcuni testi-

¹⁵ D. HELLER-ROAZEN, *Dark Tongues. The Art of Rogues and Riddlers*, Princeton, 2013; GUIRAUD, *Le jargon de Villon, ou Le gai savoir de la Coquille*, Parigi, 1968, 8.

¹⁶ O. CHEREAU, *Le Jargon ou Langage de l’Argot réformé*, a cura di D. DELAPLACE, Parigi, 2008.

¹⁷ SCHWOB, *op. cit.*, 82.

¹⁸ SCHWOB, *ibidem*.

¹⁹ SCHWOB, *op. cit.*, 86-90.

²⁰ TOUREILLE, *op. cit.*, 500.

²¹ TOUREILLE, *op. cit.*, 501.

²² P. GUIRAUD, *L’argot*, Parigi, 1956, 49, secondo il quale questo termine sarebbe la prima parola in gergo mai registrata.

²³ TOUREILLE, *op. cit.*, 501: «*lesquels, comme l’en dit, ont un Roy, qui se nomme le Roy de la Coquille*».

moni, i quali nel corso del processo riferirono come anche il termine “Roy” fosse una parola “criptica”, riservata a più di un componente del gruppo. Per esempio nel corso della propria testimonianza, Perrenet le Fournier indicò la presenza di una guida, tale Regnaud Dambour, che viene indicato come “il padre guida dei detti Coquillars alle fiere, marce e altri luoghi a Bourgoigne”²⁴. Un altro testimone si limitò a riferire che un certo Nicolas Le Besgue veniva chiamato Nicolas “Le Roy” o “Tartas”, nome che cambiava spesso «come fanno quasi tutti gli altri»²⁵.

Nei documenti processuali sui “Conchiglianti” questo linguaggio veniva definito con un termine preciso: “jargon”. Questo, peraltro, era la parola usata dallo stesso Schowb nel titolo del proprio saggio: “*Le jargon des Coquillars en 1455*”.

È stato rilevato come questo termine medioevale francese, nonché le forme derivate (jargoun, gargon, ghargon, gergon, gorgon), per molto tempo avesse indicato un modo di parlare non troppo denso di significato, come appunto quel linguaggio usato nella comunicazione tra gli animali o con i bambini²⁶. Solo in seguito il termine indicò una lingua incomprensibile, come quella degli stranieri²⁷.

Dopo il processo e la condanna contro il gruppo criminale che terrorizzava Digione, i “Conchiglianti” scomparvero per riapparire qualche anno dopo: in una lettera indirizzata nel 1464 a Jean Bourré, fidato uomo di Luigi XI, veniva denunciata di nuovo l'esistenza di una banda di ladri che ricorrevano a un lessico segreto simile a quello usato dai Coquillards²⁸.

Il processo intentato da Rabustel costituì una novità nell'approccio al contrasto con le nuove forme organizzate di crimine. A partire dalla metà del 1400, infatti, qualsiasi attività criminale attuata mediante organizzazioni o gruppi incomincia a essere affrontata senza trascurare l'aspetto linguistico: come non esiste società senza linguaggio, altrettanto non può darsi una “contro-società” senza un proprio codice comunicativo²⁹. Il fenomeno gergale, infatti, rivelava l'esistenza di veri e propri gruppi sociali con precise identità collettive consolidate tramite comuni usi linguistici³⁰.

Nel 1968 Jan Svartvik pubblicò “*The Evans Statements: A Case for Forensic Linguistics*”³¹. In questo studio Svartvik evidenziò come alcune frasi incriminanti rese ai funzionari di polizia da Timothy Evans, sospettato dell'omicidio della moglie e della figlia, fossero caratterizzate da uno stile e da strutture sintattiche del tutto diverse da quelle caratterizzanti la gran parte delle sue dichiarazioni. Per la prima volta fu conosciuta l'espressione “linguistica forense” e una nuova disciplina nacque.

²⁴ TOUREILLE, *ibidem*: «le pere conduiseur desdits Coquillars es foires, marchiez et aultres lieux de Bourgoigne».

²⁵ TOUREILLE, *ibidem*: «a dit qu'il congnoit bien ung nommé Nicolas de Besgue : et aulcunes fois s'appelle Nicolas le Roy, et aulcuns fois Tartas. Et change souvent son nom, ainsi que quasi tous les aultres font».

²⁶ F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et tous les dialectes du IX au XV siècle*, Parigi, vol. 10, 1881-1902.

²⁷ HELLER - ROAZEN, *op. cit.*, 23.

²⁸ Lettre rédigée au Puy et signée par Guillaume de Varye, Bibliothèque Nationale de France, fr. 20600, n. 53, 16 avril 1464: «Ilz ont jargon que autres n'entendent».

²⁹ J.-C. SCHMITT, *Mort d'une hérésie. L'Église et les clercs face aux béguines et aux béghards du Rhin supérieur du XVe au XVIe siècles*, in *Revue du Nord*, 1982, 951-953.

³⁰ TOUREILLE, *op. cit.*, 504.

³¹ J. SVARTVIK, *The Evans Statements: A Case for Forensic Linguistics*, Gothenburg, 1968.

Potremmo tuttavia riconoscere nel processo ai Coquillards una prima, antica sperimentazione di questa disciplina.

L'importante opera di glossa curata da Rabustel, infatti, è l'opera di un pubblico ministero che indagò le condotte criminali con le lenti del giurista e del filologo, è la fatica di un uomo di legge che indossò i panni del linguista, evidenziando forse per la prima volta nella storia quell'ampia terra di confine tra il linguaggio e il diritto, che avrebbe dovuto attendere il Novecento per costituire oggetto di una disciplina specifica, la linguistica forense.