ISSN 2724-0878

# PENALE
## Diritto e Procedura

n. 1 | 2022

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2022

**DIREZIONE**

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO - Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

**EDITORIALI**

Giorgio Spangher - **Gli incerti orizzonti della giustizia penale tra la forza della politica e quella della volontà: spargere l'ottimismo non basta**

**ARTICOLI**

Oliviero Mazza - **Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica**

Giovanni Cocco - **Una messa a punto sulle condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. quale causa di non punibilità**

**OPINIONI**

Antonella Marandola - **L. n. 134 del 2021: dal diritto giurisprudenziale alla legge ordinaria**

Leonardo Filippi - **Ma le *mail* e i messaggi *Whatsapp* del senatore Renzi sono corrispondenza o documenti?**

**DALLE CORTI**

Annalisa Mangiaracina - **La portata della sentenza *Maestri v. Italia*: le Sezioni Unite "non decidono"**

Pacini Giuridica

**Direzione**
Ennio Amodio - Massimo Donini - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats – Tullio Padovani - Bartolomeo Romano – Giorgio Spangher - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

**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 – 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:

Alì 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 – Francesco Compagna - Angela Compagnone – Irma Conti – Sylva D'Amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Nicola Madia - 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.
In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa
Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

# Indice

**Editoriali**

Giorgio Spangher, *Gli incerti orizzonti della giustizia penale tra la forza della politica e quella della volontà: spargere l'ottimismo non basta* p. 3

**Articoli**

Oliviero Mazza, *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica* » 7

Dalila MAra Schirò, *La valorizzazione dell'interesse del minore figlio di un genitore detenuto* » 25

Giovanni Cocco, *Una messa a punto sulle condotte riparatorie di cui all'art. 162-*ter *c.p. quale causa di non punibilità* » 43

Leonardo Filippi, *Il cavallo di troia e l'ispe- perqui-intercettazione* » 57

**Opinioni**

Antonella Marandola, *L. n. 134 del 2021: dal diritto giurisprudenziale alla legge ordinaria* » 75

Leonardo Filippi, *Ma le* mail *e i messaggi* Whatsapp *del senatore Renzi sono corrispondenza o documenti?* » 81

Giuseppe Maria Palmieri, *Note "a prima lettura" sul d.lgs. n. 195/2021 recante attuazione della direttiva ue 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale* » 83

Daniele Cenci, *Profili problematici della "campagna vaccinale anti sars-cov-2"* » 91

**Dalle corti**

Annalisa Mangiaracina, *La portata della sentenza* Maestri v. Italia*: le Sezioni Unite "non decidono"* » 125

Fabrizio Demartis, *Successione di leggi processuali in materia di tabulati:* tempus regit actum*?* » 133

Matteo Rampioni, *Corrispondenza e visto di censura: prosegue il cammino verso un pieno riconoscimento del diritto di difesa* » 151

Antonella Calcaterra, *Un ulteriore passo in avanti nella tutela del minore in ambito penitenziario. Luci ed ombre* » 161

Ilaria Sforza, *Alle Sezioni unite la questione sull'applicabilità*

*nel procedimento di prevenzione della disciplina dell'incompatibilità del giudice* » 167

Emanuele Salvatore Murone, *Ebbrezza alla guida, l'elevato tasso alcolemico non è sufficiente ai fini della condanna* » 173

**Pagine senza tempo**

Ennio Amodio, *Giuseppe Riccio: l'impegno per una giustizia a misura d'uomo* » 185

# GLI INCERTI ORIZZONTI DELLA GIUSTIZIA PENALE TRA LA FORZA DELLA POLITICA E QUELLA DELLA VOLONTÀ: SPARGERE L'OTTIMISMO NON BASTA

**Giorgio Spangher***

Alla fine la riforma dell'Ordinamento giudiziario – *sub specie* di modifiche alla riforma Bonafede – è approdata in Consiglio dei Ministri, dopo essere rimasta per mesi parcheggiata a Palazzo Chigi, con interlocuzioni tra la Ministra Cartabia ed il Capo di Gabinetto del Presidente Draghi, non necessariamente anche con le forze politiche di maggioranza e la magistratura associata (anche se il dialogo a distanza non è probabilmente venuto meno).

Al di là dell'ottimismo di facciata, l'esito del Consiglio è decisamente sconfortante se si consideri che al di là dei capitoli della riforma (sistema elettorale, porte girevoli, rapporti politica-magistratura, valutazioni di professionalità, fuori ruolo, per citarne alcuni), l'unica convergenza riguarda l'impegno a varare la riforma ricercando i possibili punti di convergenza tra le forze politiche, la cui problematicità si accentua per effetto della volontà di escludere voti di fiducia.

Trattandosi in parte di legge delega, anche se qualche aspetto potrà essere rinviato ad un provvedimento successivo, sarà necessario trovare le adeguate convergenze parlamentari nel confronto politico che muove da prospettive diverse anche per il collateralismo di alcune con settori della Magistratura.

Una avvisaglia significativa si è già prospettata, del resto, *in limine* allo stesso C.d.M. e di cui l'esito del rinvio, perché di questo si tratta, è la rappresentazione plastica. Diffusa rimane l'opinione che esigenze di urgenza (la scadenza del C.S.M.) e le pressioni politiche a vari livelli, ci consegnino ancora una volta una riforma al ribasso, che lasci insoluti i profili nodali soprattutto del rapporto a vari livelli tra politica e magistratura.

Sarà facile prevedere che sarà fornito alla pubblica opinione qualche *slogan* di facile impatto, pur nella consapevolezza che a fronte della forza delle

* Professore emerito di diritto processuale penale presso La Sapienza Università di Roma.

aggregazioni (correnti) i meccanismi elettorali non sembrano essere in grado di eliminarne il peso, ma forse – questo, va ribadito – solo di limitarlo.

Va, peraltro, sottolineato che se la riforma ordinamentale è cruciale per le implicazioni che si irradiano su vari profili della vita giudiziaria, sono molti i *dossier* sul tavolo del Ministero che si stanno accumulando senza che si prospettino le risposte, sia quelle più volte annunciate, come imminenti, sia quelle per le quali la mediazione fruttuosa è ancora viva.

In rapida sintesi, risposte attendono le richieste della Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo, di adeguamento retributivo dei giudici onorari, da ultimo la questione delle Rems, la richiesta europea sul caso Viola.

Non possono non segnalarsi le valutazioni dei risultati della Commissione Ruotolo, con l'accentuazione della necessaria scelta di sostituzione del responsabile del DAP. Vanno altresì messe in luce, come emerso dagli interventi dei capi di alcuni uffici importanti, le molte questioni normative, nonché quelle logistiche dei soggetti destinati a costituire l'ufficio del processo, mentre continuano ad evidenziarsi le disfunzioni di sistema del processo telematico.

Non può non evidenziarsi, invece, il favorevole *trend* dell'azione di bonifica delle impostazioni inquisitorie (e non solo) svolto dalla Corte Costituzionale. Oltre alle segnalate sollecitazioni alla politica, si devono evidenziare sicuramente due fondamentali decisioni di incostituzionalità che dovranno avere significative ripercussioni su altri profili procedurali, anche nella prospettiva della riforma, di cui si attende il deposito degli elaborati delle Commissioni.

Dovrebbero essere valutate le implicazioni della sentenza n. 18 del 2022 che ha affrontato il tema del controllo della corrispondenza tra il detenuto a 41-*bis* ord. penit. ed il suo difensore, con la previsione del previsto differimento del contatto immediato del difensore con il soggetto *in vinculis* ai sensi dell'art. 304 c.p.p. Invero, come emerso dalle discussioni in sede di Commissione Canzio, la soluzione compromissoria escludente i reati di cui agli artt. 51, comma 3-*bis* e 51, comma 3-*quater* c.p.p. nasceva dal pregiudizio del ruolo del difensore con riferimenti impliciti alla sua "ripulitura" nel succedersi dei rapporti parentali e genitoriali. È di tutta evidenza, peraltro, il contrasto con i riferimenti ai "tempi e modi" per esercitare il diritto di difesa in vista dell'interrogatorio di garanzia a cui non può fungere da rimedio "compensativo" quanto indicato nell'art. 309 c.p.p., che anzi allarga il tempo di restrizione di un provvedimento privo di contraddittorio anticipato.

Non meno significativa la sentenza n. 16 del 2022 che dichiara per l'ennesima volta (la 25° o 26°) l'incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. in relazione alla posizione del giudice che, richiesto di un decreto penale di condanna, abbia restituito gli atti per la riformulazione dell'imputazione.

È evidente che la decisione mette non solo in fibrillazione quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Battistella, ma anche quanto ribadito da una specifica direttiva della legge delega.

L'art. 1, comma 9 lett. n) della l. n. 134 del 2022 stabilisce di prevedere che, in caso di violazione della disposizione dell'articolo 417, comma 1, lettera b),

del codice di procedura penale, il giudice, sentite le parti, quando il pubblico ministero non provvede alla riformulazione dell'imputazione, dichiari, anche d'ufficio, la nullità e restituisca gli atti; prevedere che, al fine di consentire che il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, nonché i relativi articoli di legge, siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, sentite le parti, ove il pubblico ministero non provveda alle necessarie modifiche, restituisca, anche d'ufficio, gli atti al pubblico ministero. Appare evidente che a seguito di una nuova formulazione da parte del pubblico ministero il giudice dell'udienza preliminare versi in una situazione di incompatibilità alla celebrazione dell'udienza preliminare.

Come puntualmente evidenziato nella motivazione di C. cost. n. 28 del 2022, il legislatore dovrà adeguare quanto indicato dalla lett. l) dell'art. 1, comma 17 della l. n. 134 del 2021 ove si prevede che "quanto alla pena pecuniaria, ferma restando la disciplina dell'art. 53, comma 2°, della l. 24 novembre 1981, n. 689, che il valore giornaliero al quale può essere assoggettato il condannato sia individuato, nel minimo, in misura indipendente dalla somma indicata dall'art. 135 c.p. e, nel massimo, in misura non eccedente 2.500 euro, ovvero, in caso di sostituzione della pena detentiva con decreto penale di condanna, in 250 euro; determinare il valore giornaliero minimo in modo tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche e di vita del condannato".

Con la citata decisione infatti i giudici hanno affermato che è illegittimo il tasso minimo giornaliero di 250 euro previsto dalla legge per la conversione della pena detentiva in pecuniaria, di cui all'art. 53, secondo comma, l. n. 689 del 1981.

Mancano indicazioni precise, inoltre, sulle modalità con le quali si intende rimediare all'errata modifica dell'art. 380 c.p.p. di cui all'art. 2, comma 15, della l. n. 134 del 2021, rivelatasi del tutto inadeguata alla sua finalità di tutela della vittima connessa alla violazione del divieto di avvicinamento (*ex* art. 387-*bis* c.p.).

In questa stessa prospettiva di tutela della vittima andrebbe considerata la necessità di rafforzare, con un adeguato corredo sanzionatorio, i diritti riconosciuti al soggetto di cui all'art. 90-*bis* c.p.p. dettagliatamente "elencati", in tema di diritto di difesa.

Si consideri che a fronte del diritto di essere informato delle indagini e di quello di nominare un difensore, la violazione dell'art. 369 c.p.p., costituisce allo stato per la persona offesa una mera irregolarità.

Sarebbe opportuno, infine, conoscere gli esiti di quanto è emerso dalle attività indicate nell'art. 35-*bis* del d.l. n. 152 del 2021, conv. in l. n. 233 del 2021 che ha modificato l'art. 37 del d.l. n. 98 del 2011, conv. in l. n. 111 del 2011, a mente del quale i capi degli uffici giudiziari sentiti per il settore penale, il procuratore della Repubblica presso il tribunale e, in ogni caso, i presidenti

dei rispettivi consigli dell'ordine degli avvocati, entro il 31 gennaio di ogni anno redigono un programma per la gestione dei procedimenti civili, penali, amministrativi e tributari pendenti. Con il programma il capo dell'ufficio giudiziario determina: a) gli obiettivi di riduzione della durata dei procedimenti concretamente raggiungibili nell'anno in corso; b) gli obiettivi di rendimento dell'ufficio, tenuto conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno, l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti, individuati secondo criteri oggettivi ed omogenei che tengano conto della durata della causa, anche con riferimento agli eventuali gradi di giudizio precedenti, nonché della natura e del valore della stessa; b-*bis*) per il settore penale, i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti, sulla base delle disposizioni di legge e delle linee guida elaborate dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Il dato costituirebbe una interessante cartina di tornasole per la direttiva di cui alla lett. e) del comma 9 dell'art. 1 della riforma Cartabia, anche per capire in quale direzione gli uffici si stanno orientando, a prescindere dalle indicazioni disfunzionali degli incroci tra i vari criteri di priorità, nei diversi segmenti processuali: indagini, esercizio dell'azione penale, udienza preliminare, dibattimento e citazione diretta, udienza predibattimentale, giudizio monocratico.

Sarebbe auspicabile che l'esaurimento (preventivato) dell'emergenza sanitaria fissato al 31 marzo 2022 determinasse il riallineamento dei profili derogatori della disciplina processuale, inopinatamente fissati dall'art. 16, d.l. n. 228 del 2021 al 31 dicembre 2022, considerata la mancata "copertura" della necessità e urgenza che solo il pericolo epidemico appare in grado di giustificare pienamente.

# FENOMENOLOGIA DELL'IMPROCEDIBILITÀ CRONOLOGICA

**Oliviero Mazza***

**Sommario: 1.** L'improcedibilità in funzione acceleratoria. – **2.** L'estinzione dell'azione e le norme processuali ad effetti sostanziali. – **3.** Il diritto a un giusto processo di durata ragionevole. – **4.** Critica al giudicato sostanziale fra improcedibilità e inammissibilità. – **5.** Profili di diritto intertemporale. – **6.** Il diritto al giudizio di innocenza.

## ABSTRACT

*Il nuovo istituto dell'improcedibilità cronologica impone una diversa considerazione dei rapporti fra tempo e processo. Solo attraverso un corretto inquadramento dogmatico si possono cogliere i riflessi positivi di una scelta legislativa tecnicamente non ineccepibile.*

*The new dismissal of the charge due to the passage of time requires a different consideration of the relationship between time and process. Only through a correct dogmatic framework can the positive effects of a technically imperfect legislative choice be understood.*

* Professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi Milano-Bicocca.

## 1. L'improcedibilità in funzione acceleratoria.

Fin dalla sua entrata in vigore, l'improcedibilità cronologica[1] disciplinata dall'art. 344-bis c.p.p. è stata oggetto di un acceso dibattito dottrinale a cui si sono aggiunte, di recente, le prime prese di posizione della giurisprudenza di merito e di legittimità.

L'interesse mostrato per il nuovo istituto[2] appare, tuttavia, eccessivo in rapporto alla prevedibilmente limitata portata applicativa. Si tratta, infatti, di una previsione di carattere acceleratorio, che fissa un tempo limite per la definizione dei giudizi di impugnazione, peraltro già calibrato sui dati forniti dalla prassi giudiziaria, destinata quindi ad operare più sul piano della organizzazione delle attività piuttosto che sul versante propriamente sanzionatorio.

Prendendo in prestito i titoli delle commedie shakespeariane, si è passati dal sogno di una notte di mezza estate[3], indotto da una riforma in controtendenza rispetto al demagogico blocco della prescrizione, al molto rumore per nulla, sollevato da questioni teoricamente rilevanti, ma sterili nella loro incidenza pratica e contestabili nei loro contenuti.

L'impressione è che l'attenzione dedicata all'art. 344-*bis* c.p.p. abbia assunto, nei fatti e a prescindere dalla volontà di chi vi si è dedicato, la funzione del diversivo rispetto ai ben più gravi problemi che presenta, nel suo insieme, la riforma del processo penale avviata dalla l. n. 134 del 2021.

Quello che più colpisce non è solo l'atteggiamento apertamente critico, per non dire pregiudizialmente ostile, mostrato finora dalla maggior parte della dottrina[4], ma anche il "metodo" impiegato, caratterizzato da un approccio esasperatamente tecnico-giuridico che ha del tutto offuscato i profili assiologici. L'analisi della sistematica delle norme nelle loro interazioni è così sfociata in un formalismo concettuale avulso dai beni giuridici tutelati, soprattutto quelli di rilevanza costituzionale.

In uno sforzo di presunta esattezza dogmatica si è perso di vista il fine ultimo della improcedibilità che, pur nei suoi evidenti limiti tecnici, ha consentito il repentino superamento dello sciagurato blocco della prescrizione introdotto dalla legge n. 3 del 2019 (ed entrato in vigore il 1° gennaio 2020)[5], cancellando la brevissima stagione dell'imputato eterno giudicabile

---

[1] La definizione "improcedibilità cronologica" sembra la più adatta a descrivere il fenomeno rappresentato dal limite temporale entro cui possono svolgersi le attività processuali nei giudizi di impugnazione.

[2] Si vedano, per tutti, Ferrua, *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in *Il Penalista*, 27 agosto 2021; Spangher, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1444 ss.

[3] Cfr. Mazza, A Midsummer Night's Dream*: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2021.

[4] Anche per Negri, *Dell'improcedibilità temporale, pregi e difetti*, in *Sistema pen.*, n. 2/2022, 51, il nuovo istituto «non sembra meritare l'ostilità riservatagli dai primissimi interpreti».

[5] L'art. 1 comma 1, lett. e) l. 9 gennaio 2019 n. 3 ha inserito, al secondo comma dell'art. 159 c.p.,

voluta fermamente dalla distopia populista e giustizialista dell'ex Ministro Bonafede[6]. In una visione al tempo stesso pragmatica e valoriale non è invece difficile cogliere l'importanza in sé di questo risultato, tale da giustificare perfino l'impiego di mezzi non perfettamente calibrati sul piano della tecnica normativa.

## 2. L'estinzione dell'azione e le norme processuali ad effetti sostanziali.

La riprova della appena denunciata deriva concettuale è data dalla ostinata negazione del fondamento processuale della prescrizione del reato.

Storicamente il fenomeno estintivo ha sempre riguardato l'azione, come dimostra, ad esempio, l'art. 91 del codice penale Zanardelli del 1889. È solo con la sistematica del codice Rocco che si teorizza l'estinzione del reato, ma questa scelta rappresenta un evidente errore di impostazione.

Il reato, sebbene riferito a una condotta umana, rimane un fatto giuridico che assume esistenza ed efficacia solo con l'accertamento definitivo del medesimo. In altri termini, il fatto-reato sussiste e produce tutti i suoi effetti, a partire dall'esecuzione penale, solo dopo che una sentenza irrevocabile di condanna ne abbia accertato l'esistenza "giuridica" e la relativa responsabilità personale.

Prima del giudicato, il fatto-reato giuridicamente non sussiste e, di conseguenza, non può estinguersi. Nel corso del processo, l'estinzione riguarda necessariamente solo l'azione, ossia la domanda volta all'accertamento della giuridica sussistenza del reato[7].

A conferma di ciò, la decisione che accerta l'estinzione del reato per prescrizione è, non a caso, una sentenza di non doversi procedere (o di non luogo a procedere all'udienza preliminare)[8]. Ciò significa che, prima della formazione del giudicato, il fenomeno estintivo interviene sul procedere[9] e non può che essere rapportato all'azione.

la seguente disposizione: «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna». Non va dimenticato che, pure in dottrina, la scelta radicale del blocco della prescrizione aveva trovato insospettabili consensi: v., ad esempio, Gatta - Giostra, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sistema pen.*, n. 2, 2020.

6 Per una impietosa analisi di quel particolare contesto politico, v. Petrelli, *Critica della retorica giustizialista*, Milano, 2021, 69 ss.

7 Chi non coglie questo aspetto, ritiene che «l'estinzione del processo si risolv[a] in un tipico caso di giustizia denegata», con conseguente violazione degli art. 101 e 112 Cost. (così Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Pen. dir. proc.*, 2022, 7).

8 Non risponde, pertanto, alle formule terminative previste dal codice di rito l'affermazione per cui «la dichiarazione di estinzione del reato coinvolge il merito» (Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., 12).

9 In tal senso, escludendo però la possibilità di riferire all'azione l'improcedibilità maturata nei

È proprio l'art. 27 comma 2 Cost. che, sancendo la presunzione di non colpevolezza, non consente di ritenere sussistente un reato e la relativa responsabilità prima del giudicato.

Del resto, la miglior dottrina[10] sostiene da sempre che il sistema sia imperfetto e che la sentenza "di non doversi procedere" dichiari estinto per prescrizione solo l'ipotetico reato, non ancora accertato, a fronte, invece, dell'accertamento del fatto estintivo costituito dal decorso del tempo. Una sentenza in ipotesi sul reato, ma di certezza sul fatto estintivo.

Non può sfuggire che dichiarare estinta una ipotesi di reato significa propriamente dichiarare estinta l'azione che ipotizza il reato.

Peraltro, non convince l'ulteriore distinguo per cui all'esito del dibattimento e di una completa fase istruttoria, il reato sarebbe dichiarato estinto previo accertamento dello stesso[11]. Il fatto estintivo, riferito formalmente al reato ma, come detto, sostanzialmente all'azione, impedisce al giudice di pronunciare una sentenza che accerti il reato. Occorre precisare che l'accertamento giudiziale risiede nel dispositivo e non nella motivazione, mentre il reato, finché non venga dichiarato sussistente dal dispositivo di una sentenza irrevocabile, è giuridicamente inesistente. Dunque, la sentenza potrà anche ricostruire in motivazione la sussistenza del reato, ma tale ricostruzione rimarrà pur sempre ipotetica, di fatto un esercizio di stile posto in essere per ragioni "punitive" che nulla hanno a che vedere con l'accertamento processuale, mentre il reato nella sua dimensione giuridica non verrà mai ad esistenza a fronte di una sentenza che nel dispositivo dichiari il non doversi procedere riferito proprio all'accertamento del reato stesso.

Si torna così all'affermazione inziale che logicamente non ammette alternative: prima del giudicato il reato non ha giuridica esistenza e non può estinguersi, quello che si estingue è la richiesta di accertamento del reato ossia l'azione, sebbene la nomenclatura penalistica riferisca l'estinzione per prescrizione al reato.

Questa precisazione serve per sgombrare il campo dal presunto "scandalo" che susciterebbe la nuova categoria dell'estinzione dell'azione ai sensi dell'art. 344-*bis* c.p. Si tratta, in realtà, di un ritorno alle origini, alle più precise categorie dei codici pre-fascisti. Come detto, nel corso del processo l'unico atto giuridico che può estinguersi è proprio l'azione e il legislatore (o meglio il Governo) non ha certamente errato nel riferire il fenomeno estintivo alla condotta processuale del pubblico ministero piuttosto che al fatto-reato e alla responsabilità penale che non possono essere giuridicamente affermati, se non dopo la condanna definitiva (art. 27 comma 2 Cost.).

giudizi di impugnazione, Negri, *Dell'improcedibilità temporale, pregi e difetti*, cit., 52.

10 V., per tutti, Cordero, *Procedura penale*, Roma, 2012, 985-986.

11 Cordero, *Procedura penale*, cit., 986.

Giungere alla conclusione che la prescrizione del reato estingue, in realtà, l'azione non comporta, però, il disconoscere la rilevanza penale sostanziale del fenomeno.

Il sistema penale è profondamente interrelato ai limiti della inscindibilità, mentre la classica distinzione fra diritto sostanziale e processuale appare artificiosa, trattandosi di due facce della stessa medaglia. Quello che accade nel processo non può non avere una conseguenza immediata sul piano sostanziale, così come ogni modifica riguardante il reato o la pena condiziona inevitabilmente lo sviluppo processuale. Senza la previsione del reato non avrebbe alcun significato la celebrazione del processo, mentre il reato, in quanto entità giuridica, non può prescindere dall'accertamento giudiziale.

Per comprendere la reale dimensione del sistema penale, complessivamente inteso, occorre accedere a nuovo concetto di perseguibilità del reato che fonde in sé tanto la punibilità in astratto (aspetto sostanziale) quanto la punibilità in concreto (aspetto processuale), la quale poggia inevitabilmente sulla procedibilità (e proseguibilità) dell'azione.

I nessi di correlazione fra diritto penale e processo sono tali da richiamare l'attenzione degli studiosi sulle implicazioni sostanziali delle norme processuali. Si può affermare l'esistenza di una vera e propria categoria di norme processuali aventi effetti penali ogniqualvolta la loro applicazione determini direttamente o l'alternativa fra condanna e assoluzione ovvero una diversa articolazione della pena.

Sono norme che si riflettono immediatamente sulla punibilità in concreto e che risultano attratte nella sfera applicativa del principio di legalità che «dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che – avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità – da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbìtri del legislatore, la quale rappresenta un 'valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali' (sentenze n. 32 del 2020, n. 236 del 2011 e n. 394 del 2006)»[12].

L'inscindibile legame fra tempo, procedibilità e punizione è ben presente nella più recente giurisprudenza costituzionale[13] laddove si afferma che dal principio di legalità discendono due precisi corollari: «la non retroattività della norma di legge che, fissando la durata del tempo di prescrizione dei reati,

[12] Sent. cost. n. 278 del 2020, § 10 del considerato in diritto, in cui si afferma ulteriormente che «nello statuto delle garanzie di difesa dell'imputato, il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., esteso fino a comprendere anche la determinazione della durata del tempo di prescrizione dei reati, ha un ruolo centrale, affiancandosi al principio di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva (art. 27, secondo comma, Cost.) e a quello della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.). Da ultimo, esso si proietta finanche sull'esecuzione della pena quanto al regime delle misure alternative della detenzione (sentenza n. 32 del 2020)».

[13] V. ancora sent. cost. n. 278 del 2020, § 11 del considerato in diritto.

ne allunghi il decorso ampliando *in peius* la *perseguibilità del fatto commesso* (corsivo nostro)»; la retroattività della «norma che invece riduca la durata del tempo di prescrizione ... applicabile *in melius* anche ai fatti già commessi in precedenza».

Non è irrilevante che il concetto di "perseguibilità del reato" venga impiegato proprio per illustrare i due corollari del principio di legalità, in quanto capace di far risaltare la dimensione diacronica della punibilità che abbraccia tanto il versante sostanziale delle cause di estinzione del reato quanto quello processuale delle condizioni di procedibilità.

Al fondo delle questioni definitorie vi sono poi i valori costituzionali, troppo spesso dimenticati da un approccio sterilmente formalistico e nomenclatorio. Chiunque osservi il fenomeno processuale non può rimanere indifferente dinanzi a una durata dei giudizi di impugnazione che superi i termini, in verità in sé comunque eccessivi, stabiliti dal nuovo art. 344-*bis* c.p.p.[14].

## 3. Il diritto a un giusto processo di durata ragionevole.

Altro tratto comune delle critiche rivolte all'improcedibilità cronologica è il disconoscimento del valore precettivo del principio costituzionale di ragionevole durata del processo. Si sostiene che, nell'impegnare la legge ad assicurare la ragionevole durata dello svolgimento processuale, l'art. 111 comma 2 Cost. «intenda alludere a interventi positivi di tipo acceleratorio, ossia volti a propiziare, nel rispetto delle garanzie, la tempestiva conclusione del processo – dalla depenalizzazione alla fluidità delle fasi preliminari al dibattimento – interventi dei quali, sia detto di sfuggita, non si vede neanche l'ombra nella riforma Cartabia; non certo ad una mannaia che, per il mero decorso del tempo, si abbatta sul processo, segnandone la fine con la più nichilistica e vuota delle immaginabili conclusioni»[15].

La Costituzione detterebbe una norma puramente programmatica, rivolta al legislatore incaricato di predisporre una disciplina processuale ispirata al contenimento dei tempi, oltre alle strutture necessarie per una rapida celebrazione del giudizio.

Si tratta di una ricostruzione aderente al dato letterale, ma assai riduttiva sul piano assiologico che finisce per contravvenire al consolidato canone ermeneutico per cui il testo costituzionale dovrebbe essere inteso nella sua massima potenzialità, garantendo il più possibile l'espansione delle garanzie.

[14] Il vero difetto della improcedibilità cronologica risiede proprio nel sistema delle proroghe discrezionali e nell'ennesima applicazione della logica, palesemente incostituzionale, del doppio binario. Questi aspetti, peraltro di estrema rilevanza, non possono essere compiutamente affrontati in questa sede, dovendosi, perciò, rinviare alla condivisibile analisi critica di Negri, *Dell'improcedibilità temporale, pregi e difetti*, cit., 56 ss. e a quanto già detto in Mazza, A Midsummer Night's Dream*: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, cit., 5 ss.

[15] Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., 6-7.

Tale interpretazione restrittiva appare poi inconciliabile con il contesto in cui è inserito il principio di ragionevole durata: il giusto processo richiede uno svolgimento delle attività di durata ragionevole nel senso che tutte le garanzie previste dallo stesso art. 111 Cost. presuppongono, per la loro effettività, un contenimento dei tempi processuali. La durata ragionevole è, quindi, una garanzia strumentale per la piena realizzazione di tutti i caratteri del giusto processo, così da conseguire l'obiettivo costituzionalmente imposto del giusto processo di durata ragionevole, non trattandosi certo di un valore a sé stante da porre in bilanciamento con i diritti sanciti nella stessa previsione costituzionale. Senza mai dimenticare che «un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»[16].

Nel sistema dei valori costituzionali la ragionevole durata è il predicato del giusto processo, ne diviene un requisito strutturale che segna il punto di equilibrio democratico nei rapporti fra autorità e cittadino: decorso un certo lasso di tempo o lo Stato è in grado di accertare compiutamente la responsabilità, vincendo la presunzione d'innocenza nel contesto di un giusto processo, oppure l'accusato deve essere per sempre liberato dal giogo della pretesa punitiva che fino a quel momento ne ha condizionato l'esistenza.

Si può quindi enucleare dal testo costituzione il diritto soggettivo dell'imputato a beneficiare di un giusto processo di durata ragionevole che, proprio perché contenuto nei tempi, garantisca l'effettività di tutte le componenti del giusto processo. È agevole notare come questa conclusione sia ben lontana dalla prospettiva di chi ritiene la durata ragionevole una mera previsione programmatica.

Occorre, però, fare un passo ulteriore rispetto al semplice riconoscimento del diritto costituzionale di ogni imputato a un giusto processo di durata ragionevole

Negli ordinamenti giuridici, un diritto non può dirsi realmente tale se non è prevista alcuna conseguenza in caso di sua inosservanza. Fino ad oggi la prescrizione – e in futuro anche l'improcedibilità – ha costituito la sanzione per la violazione del principio costituzionale di ragionevole durata del giusto processo. E come tutte le sanzioni ha operato sia sul piano della prevenzione speciale, bloccando il singolo processo di durata irragionevole, sia sul piano della prevenzione generale, come deterrente per l'eccessiva durata dei processi, come stimolo potentissimo al contenimento dei tempi delle attività processuali.

Ovviamente né la prescrizione né l'improcedibilità cronologica sono in grado di garantire da sole la durata ragionevole del processo che dipenderà pur sempre dalla capacità organizzativa e dall'investimento di risorse economiche e umane, ciò nondimeno rappresentano la sanzione per i casi limite in cui comunque tale ragionevole durata sia stata superata, a volte anche

[16] Sent. cost. n. 317 del 2009, § 8 del considerato in diritto.

ampiamente superata. Una sorta di valvola di sicurezza in grado di attivarsi automaticamente quando ormai si è oltrepassata ogni soglia di tollerabilità civile della pena processuale, sulla base del presupposto, di carneluttiana memoria[17], che la pendenza stessa del processo costituisca una pena per l'imputato.

Questa precisazione non toglie nulla alla portata della previsione costituzionale in ordine alla ragionevole durata del processo. Non solo teleologicamente orientata a scongiurare la appena ricordata pena processuale, ma soprattutto una garanzia strumentale sia per assicurare l'effettività di altri cardini del giusto processo, dal diritto di difesa, al contraddittorio fino alla presunzione d'innocenza, sia per rendere concretamente attuabile la finalità rieducativa della pena che risulterebbe inevitabilmente frustrata se la condanna sopravvenisse in un tempo troppo lontano dal reato, quando la personalità del condannato sarebbe inevitabilmente mutata rispetto al contesto in cui è stata tenuta la condotta deviante.

Considerando, dunque, il profilo strumentale del principio, quale garanzia di secondo grado, volta a soddisfare le primarie esigenze tanto di effettività dei diritti di difesa in senso lato quanto di finalismo rieducativo della pena, non è difficile cogliere il corollario necessitato del diritto a essere giudicati in tempi ragionevoli costituito dal diritto a essere processati entro un tempo ragionevole dalla commissione del reato.

Non avrebbe altrimenti senso predicare la ragionevole durata dello svolgimento processuale, anche quale garanzia di effettività del diritto di difesa e del giusto processo, se ancor prima, non fosse garantito il preciso diritto a un processo per fatti non eccessivamente risalenti. Qualora si registrasse un eccessivo scollamento temporale fra il reato e il processo, tutto il castello delle garanzie processuali, compresa la concentrazione dell'accertamento, finirebbe per crollare, così come sarebbe vanificata la finalità costituzionalmente imposta alla pena.

Si può dunque ritenere, a livello di interpretazione sistematica del dato costituzionale, che il diritto alla ragionevole durata del processo implichi, quale corollario indefettibile, il diritto a che il processo stesso prenda avvio in un tempo tale da non pregiudicare l'esercizio effettivo del diritto inviolabile di difesa. E questo secondo aspetto è tuttora garantito dal solo orologio della prescrizione sostanziale del reato, pur con tutti i limiti di una disciplina dai tempi troppo dilatati (quando non addirittura assente, come nel caso, certamente incostituzionale, dei reati imprescrittibili).

[17] Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 55; Id., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 161.

## 4. Critica al giudicato sostanziale fra improcedibilità e inammissibilità.

La prescrizione del reato (*rectius*, dell'azione) e l'improcedibilità cronologica nei giudizi di impugnazione sono i presidi di rilevanza costituzionale del diritto a un giusto processo di durata ragionevole, inteso anche quale strumento per garantire l'effettività di tutti i diritti processuali dell'imputato e del finalismo rieducativo della pena. Stando così le cose, non possono esservi dubbi sulla diretta rilevanza costituzionale dell'improcedibilità cronologica, al pari della prescrizione, a prescindere dalle sterili questioni nomenclatorie attinenti alla natura processuale o sostanziale degli istituti, questioni che, come detto, non dovrebbero trovare spazio in un sistema penale integrato e inscindibile.

La diretta rilevanza costituzionale dell'improcedibilità cronologica dovrebbe metterla al riparo dai tentativi di ridurne la portata applicativa operati sia sul piano dei rapporti con l'inammissibilità dell'impugnazione sia sul versante del diritto intertemporale, peraltro oggetto di una specifica previsione transitoria questa sì meritevole di critiche che, invece, le sono state inspiegabilmente risparmiate dai primi commentatori.

Era scontato che la giurisprudenza avrebbe riproposto anche per l'improcedibilità cronologica la teoria utilitaristica del giudicato sostanziale e del rapporto processuale, allo scopo evidente di limitare gli effetti estintivi del tempo nei giudizi di impugnazione[18]. Lo schema adottato dalla Cassazione per questa interpretazione è esattamente quello ben sperimentato con cui le Sezioni Unite hanno regolato i rapporti fra prescrizione del reato e impugnazione inammissibile[19].

Per inciso, va detto che l'*horror exstinctionis* mostrato tradizionalmente dalla giurisprudenza risulta ancora più accentuato con riferimento all'improcedibilità cronologica che colpisce specificamente i ritardi addebitabili al singolo giudice dell'impugnazione, mentre la prescrizione del reato è "figlia di nessuno" per effetto del cumulo dei ritardi maturati nei diversi stati e gradi del procedimento.

L'argine del giudicato sostanziale, oltre ad essere una *fictio iuris* contraria all'art. 648 c.p.p., sconta un gravissimo vizio di impostazione che è quello di non considerare come ogni atto processuale invalido, compresa l'impugna-

---

[18] Condivide questa soluzione anche Canzio, *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sist. pen.*, 9.

[19] All'esito di un lungo percorso interpretativo si è riconosciuta, salvo alcune specifiche deroghe, l'efficacia preclusiva dell'inammissibilità dell'impugnazione rispetto alla possibilità di dichiarare eventuali cause di non punibilità: cfr. Sez. U, n. 23428 del 22/03/2005, Bracale, Rv. 231164; Sez. U, n. 24246 del 25/02/2004, Chiasserini, Rv. 227681; Sez. U, n. 33542 del 27/06/2001, Cavalera, Rv. 219531; Sez. U, n. 32 del 22/11/2000, De Luca, Rv. 217266; Sez. U, n. 30 del 30/06/1999, Piepoli, Rv. 213981; Sez. U, n. 11493 del 24/06/1998, Verga, Rv. 211469; Sez. U, n. 21 del 11/11/1994, dep. 1995, Cresci, Rv.199903.

zione viziata dall'inammissibilità, produca i suoi effetti in via precaria fino a quando l'invalidità non venga dichiarata dal giudice con efficacia *ex tunc*. Peraltro, in assenza della rilevazione dell'invalidità, l'atto invalido è destinato a consolidare la sua efficacia precaria che, quindi, si stabilizza con il sopraggiungere del giudicato. Fa eccezione a questa regola solo l'inesistenza, trattandosi di una forma patologica così radicale da rendere l'atto processuale *tanquam non esset*, ossia improduttivo di effetti anche solo in via precaria.

Nel caso dell'inammissibilità, inoltre, la dichiarazione del vizio (art. 591 commi 2 e 4 c.p.p.) comporta solo il tipico effetto sanzionatorio rappresentato dalla preclusione all'esame del merito[20], ma non la caducazione di ogni atto intermedio compiuto fra la proposizione dell'impugnazione e la declaratoria di inammissibilità della stessa[21].

Anche l'impugnazione inammissibile, dunque, produce il suo effetto tipico di dare avvio alla sequenza procedimentale del relativo grado di giudizio. Sarà, infatti, il giudice dell'impugnazione a dover dichiarare l'inammissibilità dell'atto introduttivo, così dimostrando che l'atto stesso ha prodotto l'effetto di dare avvio alla nuova sequenza procedimentale culminata nella sentenza "in rito" a causa della preclusione all'esame del merito.

È chiaro che il giudice risulterà investito di una cognizione limitata alla sola declaratoria d'inammissibilità, ma ciò non toglie che una valida attività giurisdizionale debba svolgersi anche solo al fine di dichiarare l'invalidità dell'atto introduttivo. E la declaratoria "ora per allora" della inammissibilità non travolge tutti gli atti procedimentali compiuti *medio tempore* (si pensi, ad esempio, alla fissazione dell'udienza camerale *ex* art. 611 c.p.p.), atti che rimangono validi, ma si limita ad affermare l'effetto sanzionatorio tipico rappresentato dalla limitazione della cognizione del giudice che non potrà esaminare nel merito i contenuti della impugnazione.

Dunque, l'impugnazione viziata per inammissibilità è comunque capace di dare avvio alla nuova sequenza di atti rappresentata dal grado eventuale di

---

[20] Fonti, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 172-174, nonché, sia pure con una diversa sfumatura, Galantini, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 350. Sotto la vigenza del c.p.p. 1930, v. Delogu, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938, 51.

[21] In tal senso, è opportuno ricordare che anche Conso, *I fatti giuridici processuali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, ha distinto i c.d. presupposti processuali, intesi come «i requisiti richiesti per la pronuncia di una qualsiasi decisione, anche non di merito» (p. 170), quali «l'esistenza del potere giurisdizionale in materia penale del soggetto investito della cognizione della causa, e la presenza di un imputato fornito della capacità ad essere parte, cioè esente da immunità» (p. 171), dalla cui mancanza deriva «l'inesistenza del rapporto processuale, e, quindi, di tutti gli atti che vi si innestano» (p. 178), dai «presupposti di una [valida] decisione sul merito» (178), dalla cui mancanza discende «l'inammissibilità degli atti relativi alla trattazione del merito» (178). La distinzione fra presupposti processuali di esistenza, i presupposti veri e propri, e i presupposti di validità ricalca sostanzialmente la contrapposizione fra inesistenza e inammissibilità. L'impugnazione inammissibile, priva dei presupposti di validità per la decisione di merito, non travolge tutti gli atti successivi, che rimangono validi, ma comporta solo la preclusione, appunto, all'esame del merito.

impugnazione che sfocia nella pronuncia giurisdizionale con cui viene rilevata la stessa inammissibilità (*absolutio ab instantia).*

Ricostruita in questi termini la reale portata dell'inammissibilità, l'improcedibilità cronologica risulta perfettamente applicabile anche al giudizio di impugnazione che si dovrebbe chiudere con la mera declaratoria di inammissibilità, superando la forzatura teorica del giudicato sostanziale.

L'art. 344-*bis* comma 1 c.p.p. non indica, infatti, un particolare esito decisionale quale condizione di operatività della causa di improcedibilità: testualmente si afferma che «la mancata definizione del giudizio entro il termine» determina l'improcedibilità dell'azione penale, con ciò facendo riferimento a qualsiasi forma di definizione del giudizio, non solo a quella di merito, ma anche a quella che sfocia nella declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione. Il dato letterale è insuperabile.

Ragionando diversamente, ossia in termini di inefficacia originaria e totale dell'impugnazione viziata, come vorrebbe la teoria del giudicato sostanziale, non avrebbe giustificazione logica e giuridica il fatto che comunque si debba celebrare un valido giudizio, ancorché semplificato, per dichiarare l'inammissibilità dell'atto introduttivo. Sarebbe come affermare che ogni attività processuale successiva, compresa la declaratoria di inammissibilità, sia da ritenersi invalida in quanto introdotta dall'atto inammissibile. Conclusione giuridicamente paradossale, teoricamente insostenibile e smentita dalla realtà processuale.

Chi afferma che il vizio viene dichiarato "ora per allora", e che tale declaratoria travolgerebbe tutti gli atti intermedi[22], non considera né la portata della inammissibilità che incide solo in termini di limitazione della cognizione del giudice, ma non di invalidità della sequenza procedimentale introdotta dalla impugnazione inammissibile, né il dato empirico e temporale della celebrazione del procedimento che è l'unico aspetto preso in esame dall'art. 344-*bis* c.p.p.: il tempo della definizione del giudizio abbraccia anche il tempo impiegato per la declaratoria "ora per allora" del vizio dell'atto introduttivo, declaratoria dalla quale consegue, va ribadito, solo l'effetto sanzionatorio di impedire al giudice di affrontare l'esame del merito della impugnazione.

Il fenomeno è ancora più evidente quando l'inammissibilità per manifesta infondatezza dei motivi è dichiarata dalla Cassazione all'esito di una udienza pubblica partecipata. Il procedimento si svolge esattamente con le stesse forme conseguenti a un'impugnazione valida, salvo poi concludersi con una decisione che limita l'efficacia dell'atto di impugnazione, escludendo il merito dalla cognizione del giudice. La declaratoria d'inammissibilità non cancel-

[22] In tal senso Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., 16, secondo il quale «l'inammissibilità impedisce l'apertura della fase, invalidando quanto fosse già stato compiuto a seguito dell'atto inammissibile, inclusa l'eventuale dichiarazione di improcedibilità». Se così fosse, l'inammissibilità dell'impugnazione invaliderebbe anche la declaratoria della stessa inammissibilità, conclusione paradossale che dimostra l'erroneità della premessa, ossia che l'impugnazione inammissibile impedisca la valida apertura della fase.

la, tuttavia, il fatto "procedimentale" che un giudizio si è svolto, per di più nel pieno rispetto delle forme ordinarie.

Ciò dimostra come le invalidità processuali, eccetto l'inesistenza, sono trattate alla stregua dell'annullabilità civilistica: l'atto invalido produce effetti provvisori fino a quando non ne vengano dichiarate l'invalidità e la conseguente sanzione. L'inammissibilità, inoltre, ha una sua peculiarità, rappresentata dalla conseguenza sanzionatoria che determina solo la limitazione della cognizione del giudice e non l'invalidità derivata di tutti gli atti successivi.

Se, dunque, un grado di giudizio si celebra, anche solo nelle forme semplificate previste per attestare l'inammissibilità dell'impugnazione, non si può negare l'applicabilità della improcedibilità che maturi prima della definizione dello stesso mediante declaratoria di inammissibilità. Il processo si sta svolgendo e su di esso non può che operare l'improcedibilità legata al decorso del tempo.

È una priorità logica e cronologica: il grado di giudizio è in corso e la sua definizione, ossia la declaratoria di inammissibilità, non può essere raggiunta se *medio tempore* maturi la causa di improcedibilità. Priorità cronologica, perché l'improcedibilità interviene prima che sia stata dichiarata l'inammissibilità[23], e priorità logica, in quanto l'inammissibilità dell'impugnazione assume giuridica esistenza solo con la pronuncia che la dichiari, ma tale pronuncia è impedita proprio dal fatto che prima di essa l'azione è divenuta improcedibile (o meglio, non proseguibile). Improcedibilità e inammissibilità determinano due decisioni di *absolutio ab instantia*, ma l'improcedibilità legata al decorso del tempo ha necessariamente la priorità logica e cronologica.

D'altronde, anche nel teorizzare il giudicato sostanziale, le Sezioni Unite hanno dovuto riconoscere che «la porzione di processo che si svolge tra il momento in cui si sollecita l'instaurazione del grado superiore di giudizio e quello in cui tale sollecitazione è dichiarata inammissibile rimane circoscritta al solo accertamento della questione processuale relativa alla sussistenza del presupposto di ammissibilità e, in difetto di questo, non riserva spazio ad al-

[23] Ancora Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., 16, contesta la priorità cronologica della improcedibilità, ritenendo che «ad assumere rilevanza non è il momento in cui l'inammissibilità è accertata, ma quello in cui si è realizzata; la circostanza che sia dichiarata dopo l'improcedibilità non esclude che logicamente la preceda ogni qualvolta la fase, protratta oltre i termini massimi, fosse stata aperta da un atto inammissibile». Questa impostazione non considera che tutte le invalidità, ad eccezione della inesistenza, sono in realtà pure e semplici annullabilità (in tal senso, fra i tanti, Cordero, *Procedura penale*, cit., 1172 ss.), di modo che anche l'inammissibilità assume giuridica esistenza solo con la sentenza che la dichiari, sentenza che sarebbe impedita proprio dalla improcedibilità cronologica maturata in precedenza. Non è quindi corretto fare riferimento al tempo in cui l'inammissibilità si sarebbe realizzata in quanto, mancando la relativa declaratoria, l'invalidità non può ritenersi realizzata e, soprattutto, non risulta produttiva di conseguenze sanzionatorie. Del resto, anche una impugnazione inammissibile, se tale vizio non venisse rilevato dal giudice, potrebbe generare una decisione di merito destinata a consolidarsi con il passaggio in giudicato.

tre decisioni»[24]. Questa affermazione, volta ad escludere lo spazio cognitivo per la declaratoria d'ufficio delle cause di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p., non si oppone, però, alla presa d'atto che l'attività processuale, sia pure rivolta esclusivamente alla declaratoria d'inammissibilità, debba rispettare il termine di durata ragionevole imposto dall'art. 344-*bis* c.p.p. Qui non viene in rilievo la finalità o la natura della cognizione, limitata o estesa che sia, ma il puro e semplice dato di fatto che si sta svolgendo un grado di giudizio, ancorché a cognizione limitata alla sola rilevazione dell'inammissibilità dell'impugnazione. L'art. 344-*bis* c.p.p. non distingue in funzione della natura o dell'esito dell'attività giurisdizionale, ma prende in considerazione solo il dato empirico e giuridico della pendenza del procedimento nel grado di impugnazione. Volendo utilizzare le categorie dogmatiche enucleate dalla Cassazione, non conta il giudicato sostanziale, ma quello formale ricalcato su quanto disposto dall'art. 648 c.p.p.

In questa precisa direzione si sono già mosse le stesse Sezioni Unite quando hanno affermato la prevalenza della causa estintiva del reato dovuta a remissione di querela rispetto all'inammissibilità del ricorso. Enunciando tale principio, il supremo consesso ha sottolineato «le connotazioni peculiari di tale causa estintiva rispetto alle altre cause di estinzione; collegandosi essa direttamente all'esercizio dell'azione penale, per di più, in forza dell'esercizio di un diritto potestativo del querelante, diretto, attraverso un *contrarius actus*, a porre nel nulla la condizione per l'inizio dell'azione penale»[25]. Una causa estintiva incidente sull'azione deve, quindi, prevalere rispetto alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione.

La conclusione che sostiene il primato dell'improcedibilità sull'inammissibilità sembra, infine, rispondere anche alla *ratio* che ha ispirato l'equilibrio di rapporti fra giudicato sostanziale e art. 129 c.p.p. Le Sezioni Unite non hanno fatto mistero di aver optato per una "politica del diritto" diretta ad assecondare «fondamentali esigenze di funzionalità e di efficienza del processo, che devono garantire – nel rispetto delle regole normativamente previste e in tempi ragionevoli – l'effettivo esercizio della giurisdizione e che non possono soccombere di fronte ad un uso non corretto, spesso strumentale e pretestuoso, dell'impugnazione»[26]. Se l'impugnazione inammissibile non può lasciare spazio all'uso strumentale dell'atto diretto a lucrare la declaratoria di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p., non altrettanto può dirsi per la nuova causa di

[24] Cfr. Cass., Sez. U, Sentenza n. 12602 del 17/12/2015 Ud. (dep. 25/03/2016) Rv. 266818, in motivazione.

[25] Cass., Sez. U, Sentenza n. 24246 del 25/02/2004 Ud. (dep. 27/05/2004) Rv. 227681, in motivazione, decisione che ha enunciato il seguente principio di diritto: «la remissione di querela, intervenuta in pendenza del ricorso per cassazione e ritualmente accettata, determina l'estinzione del reato che prevale su eventuali cause di inammissibilità e va rilevata e dichiarata dal giudice di legittimità, purché il ricorso sia stato tempestivamente proposto».

[26] V. ancora Cass., Sez. U, Sentenza n. 12602 del 17/12/2015 Ud. (dep. 25/03/2016) Rv. 266818, in motivazione.

improcedibilità che misura il tempo dell'attività giurisdizionale anche quando la stessa debba limitarsi alla rilevazione dell'invalidità dell'atto introduttivo del grado di giudizio. La garanzia della ragionevole durata del processo copre inevitabilmente anche tale attività.

Non va, infine, trascurato un ulteriore dato testuale che conferma la prevalenza dell'improcedibilità sull'invalidità della impugnazione. L'art. 344-*bis* c.p.p. prescinde da ogni riferimento all'impugnazione nel fissare il *dies a quo* al novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto per il deposito della motivazione della sentenza, senza, quindi, considerare la data del deposito dell'atto di appello o del ricorso per cassazione. Ciò testimonia l'assoluta autonomia dell'improcedibilità rispetto all'impugnazione, ancorché inammissibile, che non viene nemmeno presa in considerazione nella determinazione del termine per la definizione del giudizio[27]. La volontà del legislatore di far decorrere i termini di improcedibilità in una data successiva alla presentazione dell'impugnazione è la miglior riprova dell'irrilevanza di quest'ultima nella considerazione della durata del grado di giudizio.

## 5. Profili di diritto intertemporale.

Anche sul piano della successione di leggi nel tempo l'atteggiamento giurisprudenziale è particolarmente restrittivo, essendosi la Cassazione già pronunciata nel senso di limitare l'efficacia della nuova previsione ai soli processi per i reati commessi a partire dal 1° gennaio 2020 rispetto ai quali opera il blocco della prescrizione sostanziale imposto dalla l. n. 3 del 2019[28].

Le decisioni finora adottate non si sono, però, adeguatamente confrontate con il tema, peraltro dirimente, delle implicazioni sostanziali delle norme processuali alle quali deve essere estesa la garanzia del principio di legalità (art. 25 comma 2 Cost.).

L'intento del legislatore, espresso dalla norma intertemporale di cui all'art. 2 comma 3 l. n. 134 del 2021, è chiaramente quello di fare intervenire in sequenza diacronica le due discipline, lasciando spazio all'improcedibilità cronologica solo per quei fatti per i quali non opererà più la prescrizione sostanziale nel corso dei giudizi di impugnazione (*ex* l. n. 3 del 2019).

Tuttavia, se si riconoscesse natura penale sostanziale alla nuova disciplina dell'art. 344-*bis* c.p.p., la razionalità della scelta intertemporale legisla-

[27] In tal senso, efficacemente, Negri, *Dell'improcedibilità temporale, pregi e difetti*, cit., 62.

[28] Cfr. Cass., Sez. 7, Ordinanza n. 43883 del 19/11/2021, Cusmà Piccione, non massimata, secondo cui «l'impossibilità di far valere l'improcedibilità per i reati commessi prima del 1° gennaio 2020 trova il suo ragionevole fondamento nella circostanza che per tali reati non opera la normativa della citata legge n. 3/2019, relativa alla sospensione del termine prescrizionale dopo la sentenza di primo grado, per cui non può ritenersi che vi sia una disparità di trattamento ingiustificata tra soggetti che si trovano nella medesima situazione». *Tale impostazione, ritenendo parimenti infondata la correlata questione di legittimità costituzionale, è stata confermata da* Cass., Sez. 3, sent. n. 1567 del 14/12/2021, Iaria, non massimata.

tiva passerebbe in secondo piano, dovendo comunque applicarsi *in toto* il principio che regola la successione nel tempo delle leggi penali, compreso il corollario della estesa retroattività più favorevole.

Il tema, dunque, è quello di stabilire la reale natura della nuova improcedibilità cronologica: se si concludesse per la connotazione penale sostanziale, la norma intertemporale sancita dall'art. 2 comma 3 l. n. 134 del 2021 verrebbe travolta dai principi direttamente discendenti dall'art. 25 comma 2 Cost.

Non si tratta solo di riallacciarsi idealmente a quanto acutamente osservato da tempo in dottrina, ossia che la previsione costituzionale dell'art. 25 co. 2 Cost. «ci offre un suo parametro, per così dire autosufficiente, proprio perché la proibizione costituzionale cade su ogni norma che determini l'essere o non esser condanna»[29]. Argomenti interpretativi altrettanto solidi sono offerti dalla più recente giurisprudenza costituzionale. Anzitutto, dalla sentenza che, soffermandosi sulla interazione fra tempo e processo, ha finalmente ammesso come la prescrizione del reato possa «assumere una valenza anche processuale» *in quanto concorre* «a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.)»[30]. Ancora più rilevante è la presa di posizione con cui la Corte costituzionale non ha esitato a qualificare norma processuale ad effetti sostanziali l'art. 656 comma 9 c.p.p., in tema di cause ostative alla sospensione dell'ordine di esecuzione[31]. Se, dunque, una disciplina processuale che incide sulle modalità esecutive della pena viene attratta nella nozione autonoma di materia penale enucleata dalla giurisprudenza costituzionale, a maggior ragione la stessa sorte va riconosciuta a una norma, come quella dell'art. 344-*bis* c.p.p., che segna il discrimine fra una sentenza di condanna e una di proscioglimento per non doversi procedere ossia fra il punire e il non punire.

Gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale per una complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25 comma 2 Cost. si adattano perfettamente alla improcedibilità cronologica. Il principio di legalità, con i suoi corollari in materia intertemporale della irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole, «non può non valere anche rispetto alle norme collocate nel codice di procedura penale, allorché incidano direttamente sulla qualità e quantità della pena in concreto applicabile al condannato ... Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione [l'art. 656 comma 9 c.p.p.] un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di

29 Nobili, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro. it.*, 1998, 318-319.
30 Corte cost., sent. n. 278 del 2020, § 10 del considerato in diritto.
31 Corte cost., sent. n. 32 del 2020 e n. 183 del 2021.

numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* ordin. penit.»[32].

Quanto affermato per le modalità esecutive della pena non può non valere, *a fortiori*, per le disposizioni processuali che, incidendo sulla perseguibilità del reato o, se si preferisce, sulla punibilità in concreto, segnano il discrimine fra il punire e il non punire. Disposizioni che devono applicarsi anche retroattivamente se più favorevoli per l'imputato, lasciando che siano i due orologi a segnare sincronicamente il tempo della prescrizione e della improcedibilità.

## 6. Il diritto al giudizio di innocenza.

L'innesto del nuovo istituto solleva l'ulteriore quesito circa i rapporti fra improcedibilità cronologica e cause di non punibilità *ex* art. 129 comma 2 c.p.p. riferite, in particolare, al caso in cui l'imputato sia già stato assolto nel precedente grado di giudizio. Ciò si verifica quando l'impugnazione ammissibile del pubblico ministero (o della parte civile) avverso una sentenza di assoluzione instauri validamente il grado di giudizio nel corso del quale maturi il superamento del termine imposto dall'art. 344-*bis* c.p.p.[33]. Tale evenienza non è stata però disciplinata dal legislatore che avrebbe dovuto opportunamente fare salva l'applicazione del secondo comma dell'art. 129 c.p.p., garantendo così l'assoluzione nel merito in presenza della già accertata infondatezza dell'accusa. Si pensi, ad esempio, all'imputato assolto in primo grado che vedrebbe chiudersi il suo processo con una sentenza "in rito" di improcedibilità per eccessiva durata del grado d'appello introdotto dall'impugnazione del pubblico ministero. Chiaramente l'*absolutio ab instantia* non farebbe venir meno il dato storico rappresentato dalla sentenza di assoluzione nel merito pronunciata nel grado precedente, ma si è correttamente sottolineato come la pronuncia in rito sarebbe comunque quella destinata a passare in giudicato.

Il difetto di coordinamento della nuova disciplina con la sistematica codicistica è incontestabile e si sarebbe potuto mitigare escludendo in radice almeno l'appello dell'accusa contro le sentenze di assoluzione, ma la lacuna legislativa può agevolmente essere colmata da una interpretazione analogica *in bonam partem* ammessa in un sistema di legalità processuale volto alla tutela dei valori costituzionali. Il *favor innocentiae*, sotto forma di diritto al giudizio d'innocenza, discende direttamente dall'art. 27 comma 2 Cost.[34] e ha una portata tale da superare anche il limite imposto dall'improcedibilità cronologica. Del resto, se l'imputato è presunto innocente e al giudice risulta evidente che tale presunzione non solo non è stata superata, ma addirittura ha trovato pieno riscontro negli atti processuali, essendo già consacra-

[32] Corte cost. sent. n. 278 del 2020, § 4.4.4. del considerato in diritto.

[33] La stessa questione si porrebbe, *mutatis mutandis*, anche nel caso di impugnazione inammissibile, accogliendo l'impostazione della prevalenza dell'improcedibilità sull'inammissibilità.

[34] V., fra gli altri, Dominioni, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 258 ss.

ta nella sentenza assolutoria di primo o di secondo grado, il dato formale dell'improcedibilità per eccessiva durata del procedimento di impugnazione non può essere ostativo alla conferma di una pronuncia di merito più ampiamente liberatoria che venga deliberata allo stato degli atti, ossia senza procedere oltre e senza scalfire il bene giuridico del contenimento dei tempi processuali tutelato dall'art. 344-*bis* c.p.p. Quando matura l'improcedibilità cronologica il procedimento deve arrestarsi, ma se in quel momento vi sono già tutti i presupposti per una sentenza di assoluzione nel merito, il giudice, nello scegliere la formula terminativa, deve preferire quella più ampiamente liberatoria, senza che questa scelta possa dirsi impedita dall'improcedibilità. Del resto, anche la causa di improcedibilità cronologica sopravvenuta deve essere dichiarata con una sentenza, si tratta solo di far prevalere la formula più favorevole.

A differenza della declaratoria d'inammissibilità, che comunque comporta un accertamento giurisdizionale reso impossibile proprio dalla improcedibilità maturata *medio tempore*, ragion per cui il giudice deve arrestarsi al sorgere dell'improcedibilità e dichiarare immediatamente il superamento del termine di legge prima ancora di poter affrontare il tema dell'inammissibilità della impugnazione, la scelta della formula più ampiamente liberatoria è un'alternativa che si pone al momento stesso in cui matura l'improcedibilità: le due soluzioni sono già "sul tavolo" del giudice e la decisione non implica un ulteriore accertamento, ma solo la riaffermazione di quanto stabilito dalla sentenza di assoluzione impugnata, in ossequio all'art. 27 comma 2 Cost.

Chi esclude tale possibilità non coglie la diversa e originale natura della improcedibilità cronologica rispetto alle condizioni classiche di procedibilità (querela, istanza, richiesta e autorizzazione) che rappresentano i presupposti per giungere a una decisione di merito, in assenza dei quali è consentita solo la pronuncia di una sentenza meramente processuale che constata l'impossibilità di una indagine sul merito[35]. L'improcedibilità cronologica, invece, non postula una limitazione della cognizione del giudice, ma richiede solo che non si proceda oltre, senza quindi impedire la mera rilevazione, allo stato degli atti, di una causa prevalente di proscioglimento nel merito rappresentata dall'assoluzione emessa nel precedente grado di giudizio.

[35] È sempre Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., 13, ad affermare che «l'improcedibilità ... interrompe e dissolve il processo, precludendo ogni esame del merito da parte del giudice, il quale può solo dichiarare il non doversi procedere, a meno che l'imputato vi abbia rinunciato». L'evaporazione del processo, citando l'espressione usata sempre dall'Autore, è però l'effetto della mancanza delle condizioni di procedibilità, non dell'improcedibilità cronologica che ontologicamente è ben diversa dalla mancanza originaria delle condizioni del procedere e non inficia l'intero svolgimento processuale, ma impone solo la chiusura del processo stesso allo scadere del tempo limite, con una sentenza in rito, ma anche, se possibile, con una sentenza di merito che sia adottabile allo stato degli atti senza richiedere attività ulteriori rispetto alla declaratoria stessa.

# LA VALORIZZAZIONE DELL'INTERESSE DEL MINORE FIGLIO DI UN GENITORE DETENUTO*

**Dalila Mara Schirò****

**Sommario: 1.** Considerazioni introduttive. – **2.** L'interesse del minore figlio di un genitore detenuto: a) nel quadro normativo sovranazionale. – **3.** b) nel contesto normativo nazionale. – **4.** c) nella giurisprudenza italiana. – **5.** Rilievi critici.

## ABSTRACT

*Il contributo si sofferma sull'interesse del minore figlio di un genitore detenuto, approfondendo il quadro normativo sovranazionale, il contesto normativo nazionale e la giurisprudenza italiana.*

*The paper focuses on the interest of the child with a parent in prison deepening the international and national legislation and the national jurisprudence.*

---

* È il testo, riveduto e corredato di note, della Relazione tenuta il 19 febbraio 2022 in occasione dell'incontro sul tema «La "questione" carcere: dal sovraffollamento all'ergastolo ostativo», nell'ambito del secondo ciclo di seminari su «La tutela dei diritti umani alla luce del diritto europeo», organizzato dalla Camera Penale G. Bellavista di Palermo.

** Ricercatrice di Diritto penale nell'Università di Palermo.

## 1. Considerazioni introduttive.

Affrontare la questione "carcere" vuol dire anche occuparsi di quella piccola, ma non affatto trascurabile, porzione di "mondo" carcerario composta da detenute madri con figli al seguito. Si tratta di una tematica particolarmente delicata, la quale tende a tornare sotto i riflettori tutte le volte in cui si verificano degli episodi ritenuti degni di essere posti in risalto.

Penso, innanzitutto, alle dichiarazioni rese pochi giorni fa, il 17 febbraio, dalla Ministra della Giustizia, Marta Cartabia, in audizione parlamentare in Commissione Infanzia, nella quale ha riaffermato che è prioritario compiere uno sforzo per non avere "mai più bambini in carcere"[1].

Penso, poi, all'attenzione prestata al tema poche settimane addietro in occasione del terzo rinnovo della Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti, un protocollo di intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e Bambinisenzasbarre Onlus[2].

Penso, infine, all'accento posto sull'argomento, anche dagli organi di stampa, immediatamente dopo la tragedia di Rebibbia del 2018: mi riferisco al caso della donna, detenuta nel carcere di Rebibbia, la quale ha scaraventato giù dalle scale della sezione nido dell'istituto penitenziario i due figli, provocando la immediata morte della bambina nata da pochi mesi e, il giorno dopo, la morte cerebrale del bambino, poco più grande di età.

Tutte attenzioni che però, superati momenti simili a quelli appena richiamati, tendono a scolorire, facendo sì che la tematica – almeno per la gran parte dell'opinione pubblica – torni ad assumere un ruolo marginale, un ruolo forse determinato dalla consistenza numerica del fenomeno.

Dalle statistiche pubblicate pochi giorni fa sul sito del Ministero della Giustizia, le quali riflettono la situazione al 31 gennaio 2022[3], si ricava che le detenute madri con figli al seguito sono quindici: sei sono italiane e nove sono straniere. I figli al loro seguito sono sedici: sei sono figli di donne italiane e dieci sono figli di donne straniere. Tali detenute si trovano nella casa circondariale Panzera di Reggio Calabria e negli istituti a custodia attenuata per detenute madri Lorusso e Cutugno di Torino, San Vittore di Milano, Giudecca di Venezia e Lauro in Campania. L'istituto a custodia attenuata di Cagliari, invece, non ospita adesso detenute madri e, dunque, non compare nella tabella pubblicata.

I numeri appena richiamati rivelano una lieve flessione rispetto agli anni precedenti. Forse ne è complice, ancora una volta, la crisi sanitaria che – come messo in evidenza nell'ultimo *Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione* – ha sollecitato la magistratura di sorveglianza ad adottare con

[1] L'intera audizione della Ministra della Giustizia Marta Cartabia è reperibile in *www.gnewsonline.it*, 17 febbraio 2022.

[2] La Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti può essere integralmente consultata in *www.giustizia.it*, 16 dicembre 2021.

[3] I dati richiamati nel testo sono reperibili in *www.giustizia.it*.

particolare solerzia misure volte ad aprire i cancelli degli istituti ai bambini[4]. Ma purtroppo non vi è alcuna ragione per ritenere che, terminata l'emergenza sanitaria, il numero di bambini in carcere con le madri non torni ad aumentare.

In ogni caso, la portata "quantitativa" del fenomeno non deve – o almeno non dovrebbe – incidere sulla valutazione della sua rilevanza. Non bisogna, infatti, trascurare che la condizione delle detenute madri si ripercuote inevitabilmente sui minori, vittime incolpevoli di un destino che non hanno concorso a determinare, provocando negli stessi particolari sofferenze sia nel caso in cui restino con la madre all'interno di istituti penitenziari, o di istituti ad essi assimilati, sia nel caso in cui vengano portati fuori dal carcere, subendo, dunque, il distacco dalla figura materna, alla quale viene impedita la possibilità di prestare assistenza e cura continue al figlio.

## 2. L'interesse del minore figlio di un genitore detenuto: a) nel quadro normativo sovranazionale.

In tale sede, la tematica sarà affrontata prendendo le mosse dal quadro europeo. È noto, infatti, che l'Unione europea, soprattutto negli ultimi anni, ha mostrato particolare sensibilità nei confronti del tema. Ma la cornice europea di riferimento non può essere letta trascurando il più ampio panorama internazionale. Questo è un settore, infatti, nel quale il contesto normativo europeo e quello internazionale dialogano tra loro, arricchendosi vicendevolmente. E, pur non fornendo una soluzione univoca al problema, essi prospettano linee e suggerimenti simili per affrontarlo.

A ben vedere, tali indicazioni provengono sia da atti sovranazionali riguardanti, in generale, la protezione del bambino, sia da atti sovranazionali dedicati specificamente al rapporto che si instaura tra la madre detenuta ed il figlio minorenne.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi, ad esempio, all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e recepita dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848. L'art. 8 della Convenzione europea, infatti, nel sancire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, impegna gli Stati membri dell'Unione a garantire il mantenimento dei legami familiari, anche in situazioni di separazione del genitore dal minore.

Si pensi, poi, all'art. 24, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966 e recepito dall'Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881, secondo il quale ogni fanciullo ha diritto

[4] Il riferimento è al *XVII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, nella parte dedicata a *Donne e bambini*: esso si riferisce alla situazione al 31 gennaio 2021 e può essere integralmente consultato in *www.rapportoantigone.it*.

alle misure protettive richieste dal proprio stato minorile, le quali devono essere predisposte non solo dalla famiglia ma anche dalla società e dallo Stato.

Ma soprattutto ci si soffermi sull'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, e ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza del quale in tutte le decisioni riguardanti i fanciulli, siano esse di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente, nonché sull'art. 9, comma 3, della stessa Convenzione, il quale riconosce al fanciullo separato da uno o da entrambi i genitori il diritto di intrattenere regolarmente con gli stessi rapporti personali e contatti diretti, salvo il caso in cui ciò risulti contrario all'interesse preminente del fanciullo.

Si tratta di profili poi richiamati dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre del 2000.

Ma di particolare interesse risultano soprattutto quegli atti normativi riguardanti direttamente la relazione tra la detenuta madre ed i figli minori.

Anzitutto, va ricordato il punto 8.15 della Carta europea dei diritti del fanciullo (Risoluzione A3-0172/92), per il quale ogni fanciullo, i cui genitori si trovino a scontare una pena detentiva, deve poter mantenere con gli stessi contatti adeguati; e, con riferimento ai fanciulli in tenera età che convivono con la madre in carcere, si aggiunge che questi devono poter godere di infrastrutture e cure adeguate.

Bisogna poi richiamare la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1469 del 2000 su madri e bambini in carcere. Detta raccomandazione richiede di ricorrere alla pena detentiva solo quale *ultima ratio* allorché si tratti di donne incinte o di madri di bambini in tenera età.

Ma l'attenzione dell'Unione europea nei confronti del tema si ricava anche dalla Regole penitenziarie europee, adottate nel 2006 e aggiornate nel 2020. Degna di essere menzionata in tale sede è la regola 36, la quale non solo ribadisce che i bambini possono stare in prigione con un genitore qualora ciò soddisfi il loro interesse superiore ma aggiunge che, nel caso in cui i minori restino in carcere con il genitore, non possono essere trattati come detenuti.

È necessario richiamare anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare (2007/2116 (INI)). Tale risoluzione non solo raccomanda di ricorrere alla detenzione delle donne incinte e delle madri di minori in tenera età quale ultimo rimedio esperibile ma insiste sulla necessità che l'amministrazione giudiziaria si informi circa l'esistenza di bambini prima di decidere in merito alla detenzione della madre, così assicurando una sorta di individualizzazione del trattamento.

Un cenno meritano le Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non privative della libertà per le donne autrici di reato (c.d. Regole di Bangkok).

Da ultimo, deve richiamarsi la Raccomandazione n. 5 del 2018 del Comitato dei Ministri degli Stati membri della Unione europea relativa ai figli delle persone detenute. Va subito ricordato che tale raccomandazione è stata adottata nell'ambito della Strategia per i diritti dell'infanzia che ha caratterizzato l'attività del Consiglio d'Europa per il quinquennio 2016-2021.

Essa si applica a tutti i bambini figli di persone detenute: quindi, sia ai bambini con genitori in carcere sia ai bambini in carcere al fianco dei genitori. Si ribadisce anche in tale sede che i bambini possono restare in carcere solo se ciò soddisfa il loro interesse. Ove poi risulti opportuno e possibile, occorre prediligere le alternative alla detenzione. E in ogni caso – tiene a sottolineare l'Unione europea – i bambini figli di detenuti devono essere trattati nel rispetto dei diritti umani.

Ora, dai sintetici richiami appena effettuati può certamente ricavarsi la tendenza dell'Unione europea e della intera comunità internazionale ad occuparsi della delicata questione. Ma è possibile anche affermare che tutti tali atti normativi, benché tentino di cogliere diverse sfaccettature del rapporto tra detenute madri e figli minori, sono avvinti da una sorta di filo rosso, talvolta esplicitamente richiamato, altra volta implicitamente sotteso: mi riferisco all'interesse prevalente del minore.

## 3. b) nel contesto normativo nazionale.

Proprio tale filo rosso sembrerebbe aver guidato il legislatore italiano nel percorso volto ad adattare alle esigenze dei minorenni il differenziato regime penale, processuale penale e penitenziario previsto per le detenute madri[5].

Si tratta di un regime che, per la verità, inizia a delinearsi nei suoi caratteri essenziali già decenni addietro. Solo di recente, però, esso sembra aver assunto dei tratti tali da assicurare una rinnovata tutela del minore, ormai considerato non più quale oggetto da salvaguardare, ma quale soggetto titolare di diritti.

Non può certo trascurarsi che il codice penale del 1930, già nella sua tessitura originaria, rivolge alcune cure al delicato rapporto tra detenute madri e figli. Ed infatti, nel disciplinare il rinvio della esecuzione della pena tiene in considerazione la condizione della donna incinta e della madre di prole in

[5] In argomento, per esigenze di economia espositiva, mi permetto di rinviare (anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici) a: Schirò, *Detenute madri*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Torino, 2016, 242; Id., *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del* 2018, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2018, 105; Id., *Profili critici del trattamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1.

tenera età: il riferimento è alla disciplina contenuta nell'art. 146 c.p.[6] e nell'art. 147 c.p.[7].

E in linea di continuità con il codice penale del 1930 si poneva il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 787: esso, invero, prevedeva per i bambini sino ai due anni di età la possibilità di rimanere in carcere al fianco delle madri (art. 43 del regolamento citato).

Successivamente, ad aver rivolto attenzione alla maternità e all'infanzia è stata la legge 26 luglio 1975, n. 354 (da qui in poi: ord. penit.). Tale legge, infatti, già nella formulazione originaria, prevede che in ogni istituto penitenziario per donne siano in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere, sottolineando che le madri possono tenere i figli presso di sé fino all'età di tre anni e aggiungendo che per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido (art. 11, comma 8, e art. 14, comma 7, ord. penit.)[8].

Da tale quadro normativo, tuttavia, sembra ancora ricavarsi l'idea di un minorenne quale oggetto da proteggere, quasi "costretto" a seguire la madre.

Negli anni successivi, invece, il complesso degli "strumenti" tesi a salvaguardare il rapporto tra la madre detenuta ed il figlio minore viene ampliato. Anzitutto, interviene la legge 10 ottobre 1986, n. 663, intitolata «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», la quale introduce – per quanto qui rileva – una nuova misura alternativa alla detenzione, inserendo tra i destinatari tipici della stessa anche la madre di prole in tenera età.

In particolare, l'art. 13 della legge appena menzionata inserisce l'art. 47-*ter* ord. penit., e con esso la detenzione domiciliare. Secondo la formulazione dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a), ord. penit. oggi in vigore, «la donna incinta o la madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente»[9] può

[6] Deve segnalarsi che, a seguito delle modifiche dovute all'art. 1, comma 1, della legge 8 marzo 2001, n. 40, l'art. 146, comma 1, n. 1 e n. 2, c.p., rubricato «Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena», dispone che l'esecuzione di una pena, non pecuniaria, venga differita se deve aver luogo nei confronti di donna incinta, oppure se deve aver luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno.

[7] Secondo quanto disposto dall'art. 147, comma 1, n. 3, c.p., nella formulazione dovuta all'art. 1, comma 2, della legge 8 marzo 2001, n. 40, l'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale può essere differita qualora debba essere eseguita nei confronti di una madre di prole di età inferiore ad anni tre.

[8] Le disposizioni richiamate nel testo, nella formulazione dovuta agli artt. 1 e 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t), e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103», rappresentano oggi la sede della disciplina prima racchiusa nell'art. 11, commi 8 e 9, ord. penit.

[9] Tali condizioni oggettive sono state più volte modificate anche al fine di garantire una maggiore protezione del figlio minorenne. Secondo la formulazione originaria, infatti, la misura era fruibile dalla «donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a

espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni[10], anche se parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo pubblico di cura, di assistenza o di accoglienza, ovvero in una casa famiglia protetta[11]: dunque, fuori dal carcere.

Successivamente, l'art. 4 della legge 27 maggio 1998, n. 165, recante «Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni», include tra i possibili beneficiari della misura alternativa alla detenzione anche il «padre, esercente la responsabilità genitoriale di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole» (art. 47-*ter*, comma 1, lett. b, ord. penit.)[12].

Inoltre, la citata legge del 1998 introduce una ulteriore figura di detenzione domiciliare, la quale si propone di tutelare la maternità e l'infanzia avendo cura di garantire l'esercizio della potestà punitiva statale: la detenzione domiciliare sostitutiva del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena. Più segnatamente, secondo l'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. a), legge cit., laddove possa essere disposto il rinvio obbligatorio o il rinvio facoltativo della esecuzione della pena detentiva, disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 146 e 147 c.p., il Tribunale di sorveglianza, anche nel caso in cui la pena da espiare superi il limite edittale previsto dall'art. 47-*ter*, comma 1, ord. penit. (vale a dire, la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto), può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, prevedendo un termine di durata di tale applicazione.

In un contesto normativo così composto, certamente più attento alle esigenze dei minori, ma forse non ancora in grado di apprestare una tutela adeguata, si inserisce la legge 8 marzo 2001, n. 40, emblematicamente intitolata

tre anni con lei convivente»; in seguito, per effetto delle modifiche dovute all'art. 3, comma 1, d.lg. 14 giugno 1993, n. 187, convertito dalla legge 12 agosto 1993, n. 296, è stata ammessa alla misura anche la madre di prole di età inferiore a cinque anni con lei convivente; e, da ultimo, la legge 27 maggio 1998, n. 165, ha disposto che possano beneficiare della misura la «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente».

10 Il limite edittale richiamato nel testo è stato più volte sottoposto a modifiche: in particolare, è stato ampliato da due anni di reclusione – così nella formulazione originaria della disposizione – a tre anni di reclusione per effetto della legge 12 agosto 1993, n. 296, e, in seguito, da tre anni a quattro anni di reclusione dalla legge 27 maggio 1998, n. 165.

11 Per le donne incinte e per le madri di prole di età inferiore ad anni dieci la possibilità di espiare il *quantum* di pena indicato nel testo presso le case famiglia protette è stata riconosciuta dall'art. 3, comma 1, della legge 21 aprile 2011, n. 62.

12 Il termine «potestà», contenuto nella originaria formulazione dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. b), ord. penit., è stato sostituito dall'espressione «responsabilità genitoriale», per effetto dell'art. 105, comma 1, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

«Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori»[13].

L'obiettivo della legge appena richiamata appare, *prima facie*, l'eliminazione della carcerazione degli infanti.

Perseguendo tale finalità, l'art. 1 della legge 8 marzo 2001, n. 40, amplia l'àmbito di operatività del rinvio obbligatorio e del rinvio facoltativo della esecuzione della pena detentiva per le donne incinte e per le madri di prole in tenera età (artt. 146 e 147 c.p.)[14].

Poi, l'art. 3 della medesima legge introduce una ulteriore ed innovativa misura alternativa alla detenzione, la detenzione domiciliare speciale, la quale trova la propria sede nell'art. 47-*quinquies* ord. penit. Secondo detta disposizione, qualora non vi siano le condizioni per concedere la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* ord. penit., la condannata madre di prole di età non superiore ad anni dieci, «se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli», può scontare la pena in un luogo diverso dal carcere «al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli», dopo aver espiato almeno un terzo della pena ovvero quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. E, quasi segnalando una sorta di *deminutio* della figura paterna, prevede che la stessa misura può essere concessa pure al padre detenuto, «se la madre è deceduta e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» (art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. penit.)[15].

Con riferimento a tale misura alternativa alla detenzione, occorre svolgere qualche breve considerazione. Deve, infatti, segnalarsi la centralità assunta da uno dei requisiti richiesti dal legislatore affinché il beneficio possa essere concesso al genitore: la possibilità di ripristinare la convivenza con la prole. A ben vedere, tale requisito rivela lo scopo della detenzione domiciliare speciale, che mira al ripristino del rapporto tra il genitore ed il figlio, offrendo al genitore la possibilità di un reinserimento sociale attraverso la cura della prole e prediligendo anche l'interesse del minore ad un rapporto continuativo con il genitore. Inoltre, nel richiedere un accertamento in ordine alla possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, il legislatore sembra aver voluto scongiurare le possibili strumentalizzazioni del ruolo genitoriale da parte di coloro

[13] Per alcune considerazioni relative alla legge richiamata nel testo, si vedano Canevelli, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 807, e Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 547.

[14] Si vedano *supra* le note 6 e 7.

[15] Con l'espressione «ad altri», difatti, possono anche intendersi soggetti terzi rispetto a coloro i quali fanno parte del contesto affettivo di regola composto da parenti ed affini. Va, peraltro, segnalato che la disciplina di cui all'art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. penit. è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, ma la questione, con ordinanza 8 luglio 2009, n. 211, è stata ritenuta manifestamente inammissibile. Il testo dell'ordinanza richiamata è consultabile in *Giur. cost.*, 2009, 2442, con nota di Fiorio, *Detenzione domiciliare speciale e padre detenuto: una pronuncia di manifesta inammissibilità che lascia irrisolte le questioni di fondo*, *ivi*, 2447.

i quali, pur essendo genitori di minori di età non superiore a dieci anni, non siano in condizioni di ripristinare una effettiva relazione con i figli.

Ancora, seguendo lo scopo di garantire la continuità della funzione genitoriale, l'art. 5 della legge del 2001 offre alla madre detenuta (e al padre in presenza di determinate condizioni) la possibilità di assistere all'esterno i figli minori tramite l'inserimento dell'art. 21-*bis* ord. penit. L'assistenza all'esterno dei figli minori rappresenta un istituto inedito, la disciplina del quale trae ispirazione da quella dettata per il «lavoro all'esterno» (art. 21 ord. penit.). È prevista, infatti, per le condannate e per le internate, la possibilità di «essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21» (art. 21-*bis*, comma 1, ord. penit.).

La stessa possibilità è riconosciuta al padre detenuto «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Si tratta di una previsione normativa che suscita qualche perplessità: invero, pur essendo forse condivisibile il ruolo primario assegnato dal legislatore alla madre nella cura e nell'assistenza dei figli, appare opinabile l'aver stabilito che il padre detenuto possa assistere all'esterno i figli minori di anni dieci soltanto laddove altri soggetti non possano provvedervi.

Infine, l'esigenza di tutelare l'interesse del minore si ricava anche dall'ultima legge intervenuta in materia: la legge 21 aprile 2011, n. 62, recante «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori»[16].

Mediante tale legge, infatti, sono stati predisposti strumenti di tutela aggiuntivi per le madri detenute e per i loro figli in tenera età riguardanti, innanzitutto, la delicata fase cautelare.

In particolare, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, della legge appena citata, l'art. 275, comma 4, c.p.p. stabilisce che, qualora imputati siano una donna incinta o una madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la misura cautelare coercitiva della custodia in carcere, salvo che sussistano «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza». Dunque, secondo detta previsione, il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere viene meno qualora vi siano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

[16] In generale, sulla legge 21 aprile 2011, n. 62, cfr.: Dosi, *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, in *Guida al dir.*, 2011, n. 17, 9; Fiorentin, *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida al dir.*, 2011, n. 23, 46; Id., *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 2616; Marcolini, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2011; Pittaro, *La nuova normativa sulle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 870; Scomparin, *Una "piccola" riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Legisl. pen.*, 2011, 597.

Sul punto, tuttavia, occorre una precisazione, poiché persino nell'ipotesi in cui sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza il giudice può disporre la custodia della madre in un luogo diverso dal carcere. Ed infatti, ai sensi dell'art. 285-*bis* c.p.p., inserito dall'art. 1 della citata legge del 2011, nelle ipotesi richiamate, se la persona da sottoporre a carcerazione preventiva sia «donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni», il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano. Tale disciplina si estende anche al padre – ancora una volta – «qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole».

La legge del 2011 apporta, poi, alcune modifiche alla disciplina concernente le misure alternative alla detenzione.

Più precisamente, l'art. 3 della legge del 2011 estende le maglie della detenzione domiciliare prevedendo per le madri la possibilità di espiare la pena anche all'interno di case famiglia protette[17]. Inoltre, la medesima disposizione incide sulla detenzione domiciliare speciale, inserendo nell'art. 47-*quinquies* ord. penit. il comma 1-*bis*, secondo il quale, «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*», l'espiazione della prima porzione di pena (vale a dire, un terzo della pena o almeno quindici anni nell'ipotesi di condanna all'ergastolo) può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. Qualora sia impossibile espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite.

Da ultimo, l'art. 2 della legge del 2011 inserisce l'art. 21-*ter* ord. penit., il quale prevede un nuovo istituto volto al riconoscimento del diritto di visitare il minore infermo. Più precisamente, l'art. 21-*ter* ord. penit. prevede una regolamentazione differentemente articolata per il caso di «imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute» del figlio (art. 21-*ter*, comma 1, ord. penit.) e per l'ipotesi di assistenza del figlio «durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute» (art. 21-*ter*, comma 2, ord. penit.).

Il primo comma della disposizione stabilisce, infatti, che la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da *handicap* in situazione di gravità, possono visitare, previa autorizzazione, l'infermo «o il figlio affetto da *handicap* grave»[18]. Come si evince

[17] Si tratta di profilo già segnalato *supra* nella nota 11.

[18] L'inciso «ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da *handicap* in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'art. 4 della

dal dettato normativo, non è prevista alcuna particolare limitazione connessa a determinate soglie di età del figlio minore infermo: quindi, la tutela dell'interesse del minore è particolarmente ampia.

Il secondo comma dell'art. 21-*ter* ord. penit. prevede, invece, per la condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se non convivente, o di un figlio affetto da *handicap* grave, nonché per il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, la possibilità di essere autorizzati ad assistere il minore durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute[19].

## 4. c) nella giurisprudenza italiana.

Ma l'interesse del minore sembrerebbe aver indirizzato anche la giurisprudenza, soprattutto costituzionale. Esso, infatti, si ricava da alcune decisioni della Corte costituzionale, le quali hanno riguardato – per quanto qui forma oggetto di interesse – il diritto penitenziario.

Particolarmente importante risulta la pronuncia del 1990 per mezzo della quale la Corte costituzionale, valorizzando il ruolo del padre nell'interesse del figlio minorenne, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1, n. 1, ord. penit., nella parte in cui non stabiliva che la detenzione domiciliare prevista per la madre di prole in tenera età, con la stessa convivente, potesse essere concessa, nelle medesime condizioni, anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole[20].

Nell'interesse del minore, poi, nel 2003 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a), ord. penit., nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare pure nei confronti della madre condannata e, nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. b), ord. penit., del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante. Così decidendo, la Consulta ha posto fine alla differenza di trattamento tra la situazione del genitore di un figlio incapace perché minore degli anni dieci, ma con un certo margine di autonomia almeno dal punto di vista fisico, e la condizione del genitore di un figlio disabile e incapace di provvedere alle sue elementari esigenze, il quale, indipendentemente dal limite di età, richiede una assistenza maggiore e continua[21].

medesima legge», nonché l'espressione «o il figlio affetto da *handicap* grave», sono stati aggiunti dall'art. 14, comma 1, lett. a) e b), della legge 16 aprile 2015, n. 47.

[19] Anche in tale ipotesi il richiamo al figlio affetto da *handicap* grave è stato inserito dall'art. 14, comma 1, lett. c), della legge 16 aprile 2015, n. 47.

[20] Corte cost., 13 aprile 1990, n. 215, in *Giur. cost.*, 1990, 1206.

[21] Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350, in *Giur. cost.*, 2003, 3634, con nota di Filippi, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, *ivi*, 3643, e di Repetto, *La*

Negli anni seguenti, è interessante osservare che i percorsi argomentativi della Consulta si arricchiscono di richiami espressi all'indeterminata clausola «interesse del minore»[22].

Nel 2009, ad esempio, chiamata ad occuparsi della differenza di trattamento, prevista in materia di allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo, tra le madri ammesse alla detenzione domiciliare e le madri ammesse alla detenzione domiciliare speciale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a), e comma 8, ord. penit., nella parte in cui non limitava la punibilità per il delitto di evasione al solo allontanamento che si protraesse per più di dodici ore, così come stabilito per la madre ammessa alla detenzione domiciliare speciale, purché non vi fosse il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti[23]. In altri termini, facendo leva sulla identità di *ratio* che caratterizza la detenzione domiciliare e la detenzione domiciliare speciale, la Consulta ha equiparato le conseguenze derivanti dal ritardo nel rientro da parte della detenuta madre. Inoltre, focalizzandosi sulla possibilità prevista dal legislatore del 2001 di concedere la detenzione domiciliare anche alle madri condannate per delitti che destano particolare allarme sociale, la Consulta ha espressamente richiamato l'«interesse dei bambini, che non devono essere eccessivamente penalizzati dalla differenza di situazione delle rispettive madri in riferimento alla gravità dei reati commessi ed alla quantità di pena già espiata»[24]. Alcuni passaggi dell'*iter* argomentativo sono stati ripercorsi dalla Corte costituzionale nel 2018, quando è stata chiamata ad occuparsi della disciplina dell'allontanamento dal domicilio, senza giustificato motivo, del detenuto-padre[25].

*detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, *ivi*, 2004, 754.

[22] Sulla indeterminatezza della clausola «interesse del minore», cfr.: Ferla, Status filiationis *ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1590; Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4945; Bertolino, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 28 ss.

[23] Corte cost., 12 giugno 2009, n. 177, in *Giur. cost.*, 2009, 1977, con nota di Fiorio, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, *ivi*, 1986.

[24] Corte cost., 12 giugno 2009, n. 177, cit.

[25] Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 211, in: *Giur. cost.*, 2018, 2516, con osservazioni di Olivito, *Incidentalità e reiezione dell'eccezione di costituzionalità in un giudizio di eguaglianza sulla detenzione domiciliare*, *ivi*, 2522; *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2018, con osservazioni di Sibilio, *Detenzione domiciliare 'ordinaria' del padre di prole di età inferiore a 10 anni ed evasione: la Corte costituzionale limita la rilevanza penale del fatto all'allontanamento superiore a 12 ore, come nell'ipotesi della detenzione domiciliare 'speciale'*, *ivi*; *Cass. pen.*, 2019, 984, con osservazioni di Aprile, *ivi*, 988; *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 630, con nota di Mantovani, *Dopo le madri è la volta dei padri: la sentenza n. 211 "completa" il cammino avviato nel 2009 in tema di allontanamento del genitore ammesso alla detenzione domiciliare ordinaria per accudire i figli*, *ivi*; *Famiglia e diritto*, 2019, 129, con nota di Pittaro, *La Consulta estende al padre in detenzione domiciliare ordinaria quanto già sancito riguardo alla madre*, *ivi*, 132; *Diritto pen. e proc.*, 2019, 478, con nota di Schirò, *L'allontanamento del detenuto-padre dal domicilio al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*.

Inoltre, la considerazione dell'interesse del minore ha consentito di "indebolire" alcuni automatismi legislativi che, sorretti da esigenze securitarie, subordinavano la concessione di benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia o alla previa espiazione di una determinata frazione di pena.

In particolare, nel 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., nonché – in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 – nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare ordinaria prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), ord. penit., ferma restando la condizione della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti[26]. Secondo la Consulta, infatti, subordinare l'accesso alle misure alternative alla detenzione alla collaborazione con la giustizia – «indice legale del "ravvedimento" del condannato» – può risultare giustificabile in relazione a misure che perseguono in via esclusiva lo scopo di reinserire il reo nella società. Di contro, non lo è quando entra in gioco un interesse «esterno»: appunto, l'interesse del minore. Non può, infatti, traslarsi il «costo» della strategia di lotta al crimine organizzato sul minorenne, soggetto terzo.

Ancòra, nel 2017, la Consulta ha ritenuto non conforme al dettato costituzionale l'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. penit., nella parte in cui impediva alle detenute madri condannate per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit. di accedere alle modalità agevolate di espiazione della prima porzione di pena. Anche in tale occasione, quindi, la Corte costituzionale ha censurato un automatismo legislativo basato su indici presuntivi, il quale sacrificava totalmente l'interesse del minore[27].

---

[26] Corte cost., 24 settembre 2014, n. 239, in: *Cass. pen.*, 2014, 131, con osservazioni di Aprile, *ivi*, 141, e con nota di Schirò, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, *ivi*, 2015, 1067; *Arch. pen.*, 2014, n. 3, 1, con nota di Capitta, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4*-bis, *co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, *ivi*; *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014, con osservazioni di Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4* bis *ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, *ivi*; *Giur. cost.*, 2014, 3922, con nota di Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione di automatismi preclusivi penitenziari*, *ivi*, 3940, e di Pace, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, *ivi*, 3948.

[27] Corte cost., 8 marzo 2017, n. 76, in *Giur. cost.*, 2017, 725, con osservazione di Sechi, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, *ivi*, 733. Per ulteriori commenti alla sentenza da ultimo richiamata, si vedano: Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, 321; Menghini, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1* bis *dell'art. 47* quinquies *ord. penit.*, in *Diritto pen. e proc.*, 2017, 1047; Pace, *Preminente interesse del minore e automatismi legislativi alla*

Su tale scia si pone anche una pronuncia del 2018 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* ord. penit., nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21 della medesima legge, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit., non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordinava alla previa espiazione di una porzione di pena, salvo che fosse stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-*ter* ord. penit.[28]

In aggiunta, può ricordarsi la pronuncia per mezzo della quale, nel 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato la non conformità al dettato costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare speciale pure alle condannate madri di figli affetti da *handicap* grave, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertato secondo quanto previsto dalla medesima legge[29].

Da ultimo, occorre richiamare una interessante pronuncia del 2022, per mezzo della quale la Consulta ha consentito al magistrato di sorveglianza di disporre l'applicazione della detenzione domiciliare speciale in via provvisoria ove dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore derivi al minore un grave pregiudizio[30]. E ciò dopo avere affermato che la mancata previsione di una delibazione urgente nell'interesse del minore, ai fini dell'anticipazione cautelare della detenzione domiciliare speciale, impedisce di bilanciare l'interesse del minore con le esigenze di difesa sociale e rischia di determinare l'ingresso dei bambini in istituti per minori nella attesa non breve di una decisione collegiale[31].

*luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 1453.

[28] Corte cost., 4 luglio 2018, n. 174, in: *Cass. pen.*, 2018, 3685, con osservazioni di Aprile, *ivi*, 3691; *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1798, con nota di Cesaris, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, *ivi*; *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2018, 105, con nota di Schirò, *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore*, cit.; *Giur. cost.*, 2018, 1856, con nota di Siracusano, *Tutela della continuità genitoriale e preclusioni penitenziarie: la Corte ne certifica l'assoluta incompatibilità*, *ivi*, 1864; *Diritto pen. e proc.*, 2019, 48, con nota di Menghini, *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione*, *ivi*; *Studium Iuris*, 2019, 433, con nota di Pace, *Assistenza ai figli minori e accesso ai benefici penitenziari. La sent. cost. n. 174 del 2018 rimuove un'altra preclusione*, *ivi*.

[29] Corte cost., 15 gennaio 2020, n. 18, in *Sistema penale*, 17 febbraio 2020, con osservazioni di Leo, *La madre di persona affetta da disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, *ivi*. Sulla sentenza si veda anche Lorenzetti, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, fasc. 3/2020, 632.

[30] Corte cost., 11 gennaio 2022, n. 30, in *www.cortecostituzionale.it*.

[31] Corte cost., 11 gennaio 2022, n. 30, cit.

In tutte tali decisioni è interessante osservare che la Corte costituzionale evidenzia la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore. Tuttavia, la Consulta tiene a ricordare che detto interesse, certo di rango elevato, non forma oggetto di una tutela assoluta, dovendo, invece, essere bilanciato, volta per volta, con esigenze contrapposte, pure esse di rilievo costituzionale, quali le esigenze di difesa della società, sottese alla necessaria esecuzione della pena[32].

L'influenza di tale orientamento, peraltro, emerge ormai con evidenza anche in alcune sentenze della Corte di cassazione. Qualche settimana fa, ad esempio, è stata depositata una pronuncia della Suprema Corte, la quale, dopo avere effettuato il bilanciamento tra l'interesse del minore e le esigenze di sicurezza connesse al regime differenziato previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit., ha consentito ad un condannato sottoposto al regime richiamato di consegnare determinati oggetti (dolci, giocattoli) ai figli e ai nipoti minori di dodici anni, con i quali svolgeva un colloquio senza vetro divisorio[33]. Nella specie, infatti, le ragioni di sicurezza sono state ritenute soddisfatte poiché: il detenuto aveva comprato al sopravvitto generi, dolci, giocattoli, scelti secondo le ordinarie regole; si trattava di beni di dimensioni medio-piccole e di modico valore; gli stessi erano poi stati conservati al magazzino senza che l'interessato vi entrasse in contatto; nessuna manipolazione era intervenuta e nessun biglietto o altro oggetto pericoloso per l'ordine era stato in essi occultato[34].

## 5. Rilievi critici.

Alla luce del quadro tratteggiato non possono certo negarsi i significativi passi in avanti compiuti dal nostro ordinamento giuridico nel percorso volto alla valorizzazione dell'interesse del minore figlio di un genitore detenuto. E ciò in linea con le indicazioni date dall'Unione europea e dalla comunità internazionale.

Tuttavia, su alcuni profili occorrerebbe tornare a riflettere. Tra questi, in tale sede, vorrei sinteticamente soffermarmi su alcune criticità emerse nella prassi poco dopo l'approvazione dell'ultima legge intervenuta in materia: la legge 21 aprile 2011, n. 62.

Come è stato inizialmente segnalato, la legge del 2011 ha esteso il novero dei luoghi dove le madri di minori possono espiare misure cautelari o pene, inserendo il riferimento in apposite disposizioni agli istituti a custodia attenuata per detenute madri e alle case famiglia protette per detenute madri (*supra*, par. 3).

Richiamando i dati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia, è stato evidenziato come gli istituti a custodia attenuata per detenute madri, ad og-

[32] In argomento, sia consentito, nuovamente, il rinvio a Schirò, *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore*, cit., 105.
[33] Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2021, n. 46432, inedita.
[34] Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2021, n. 46432, cit.

gi, siano stati istituiti a Torino, a Milano, a Venezia, a Lauro e a Cagliari (*supra*, par. 1). Invece, nonostante siano trascorsi più di dieci anni dalla entrata in vigore della legge del 2011, stentano ancora ad affermarsi le case famiglia protette per detenute madri.

Al riguardo, non va sottaciuto che la loro realizzazione, sin dal 2011, si è scontrata principalmente con un ostacolo di natura economica: mentre, infatti, la legge del 2011 ha posto la realizzazione degli istituti a custodia attenuata per detenute madri a carico dello Stato (art. 5, legge cit.), in relazione alle case famiglia protette la stessa legge ha disposto che «il Ministro della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, può stipulare con gli enti locali convenzioni volte ad individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette» (art. 4, legge cit.). Dunque, lo Stato non ha destinato alcuna somma alla realizzazione delle case famiglia protette per detenute madri. Da qui, il loro numero esiguo sul territorio nazionale: ad oggi, infatti, ne risultano soltanto due, una a Roma e l'altra a Milano[35].

Per superare questa situazione di stallo, tentando di dare concreta attuazione alle previsioni contenute nella legge del 2011, l'11 dicembre del 2019 è stata presentata una interessante proposta di legge, la numero 2298, nota quale proposta Siani, dal nome del primo firmatario della stessa, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori»[36].

Tale proposta di legge prende atto della connotazione tipicamente detentiva degli istituti a custodia attenuata per detenute madri, optando per il ricorso agli stessi solo nei casi più gravi. Ma soprattutto essa mira a promuovere l'esperienza delle case famiglia tramite l'eliminazione dei vincoli economici posti dalla legge del 2011. In particolare, la proposta di legge prevede «un obbligo (e non più una facoltà) per l'amministrazione di stipulare convenzioni con gli enti locali per l'individuazione di luoghi da destinare a case famiglia protette». Ed aggiunge che «agli oneri derivanti dalla realizzazione delle case famiglie protette si fa fronte con i fondi della cassa delle ammende che, tra gli scopi istituzionali individuati dalla legge istitutiva, ha quello di finanziare progetti di edilizia penitenziaria finalizzati al miglioramento delle condizioni carcerarie».

Occorre anche ricordare che su tale proposta si era espressa in senso favorevole pure l'Unione delle Camere Penali Italiane, audita dinanzi alla Com-

[35] La Casa di Leda di Roma è una casa famiglia protetta per donne detenute con figli minori. Essa si trova in un villino all'EUR, confiscato a un boss mafioso; dispone di un giardino, di un salone, di una stanza con i giochi per i bambini e di ulteriori stanze. Si tratta di un luogo diverso dal carcere, privo di cancelli e di celle. I bambini possono giocare, leggere e frequentare la scuola. Sul punto, Cimmino, *Bambini in carcere; bambini e carcere: un ossimoro tremendamente disumano, quanto attuale*, in *Diritto di Difesa*, 23 luglio 2021.

[36] La proposta di legge richiamata nel testo è integralmente consultabile in *www.camera.it*.

missione Giustizia della Camera dei Deputati il 10 marzo 2021[37]. Ad oggi la proposta risulta ancora all'esame del Parlamento.

Poche settimane fa poi è stata depositata la *Relazione finale della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario*, istituita con d.m. 13 settembre 2021 dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia e presieduta dal Professore Marco Ruotolo, la quale, pur occupandosi del tema delle detenute madri, non dedica allo stesso lo spazio che avrebbe meritato[38].

Ed allora, forse sarebbe il caso di tornare ad adoperarsi per far sì che l'interesse del minore sia ulteriormente salvaguardato.

[37] Sul punto si vedano le *Osservazioni sulla proposta di legge C 2298 Siani recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62 in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori. Audizione Commissione Giustizia Camera dei Deputati del 10.3.2021*, pubblicate il 12 marzo del 2021 nella sezione Documenti del sito dell'Unione delle Camere Penali Italiane (*www.camerepenali.it*).

[38] La Relazione richiamata nel testo è integralmente consultabile in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022. In argomento, Pagano - Pecorella, *Osservazioni a margine della Relazione finale della Commissione Ruotolo*, *ivi*, 15 febbraio 2022.

# UNA MESSA A PUNTO SULLE CONDOTTE RIPARATORIE DI CUI ALL'ART. 162-*TER* C.P. QUALE CAUSA DI NON PUNIBILITÀ

**Giovanni Cocco***

**Sommario: 1.** Cenni introduttivi. – **2.** Lecondotte riparatorie vanno inquadrate nelle cause di non punibilità sopravvenuta. – **3.** Qualche chiarimento sull'oggetto della condotta riparatoria. – **4.** Il legame con l'oblazione discrezionale e le conclusioni sulla riparazione. – **5.** La natura meramente volontaria della riparazione. – **6**. La estensione a tutti i concorrenti della non punibilità per la riparazione. – **7.** Conclusioni. Un istituto da perfezionare per attribuirgli un ruolo strategico sulla via della depenalizzazione.

## ABSTRACT

*Il saggio propone i tratti essenziali del nuovo istituto delle condotte riparatorie di cui all'art. 162-*ter *c.p., collocandolo sistematicamente nelle cause di non punibilità, proponendo le conseguenti linee interpretative e valorizzandone la adozione come istituto centrale per il contenimento del diritto penale.*

*The essay proposes the essential features of the new institute of restorative conducts pursuant to art. 162-*ter *of the Criminal Code, placing it systematically in the "causes of non punibility", proposing the consequent interpretative lines and enhancing its adoption as a central institution for the containment of criminal law.*

* Professore ordinario di Diritto penale Università degli studi di Cagliari.

## 1. Cenni introduttivi.

A cinque anni dalla introduzione nel codice penale dell'art. 162-*ter*, intitolato "estinzione del reato per condotte riparatorie"[1], appare utile fare, seppur brevemente, il punto sull'istituto anche alla luce della prima giurisprudenza e nel contesto dell'ampio ventaglio di nuovi istituti, per proporre qualche soluzione esegetica e spunti riformatori che vogliono presentare, nel dibattito politico-criminale sulle modalità di contrazione dell'intervento penale che si muove su direttrici non solo inesplorate ma talvolta anche contraddittorie, un organico e, se non altro, chiaro punto vista.

Ripercorrere il percorso che ha condotto al nuovo istituto ne consente una maggiore comprensione nel contesto di spinte riformatrici disomogenee, a partire dalle istanze collegate al Progetto alternativo sulla cd. *Wiedergutmachung* (1992), ovvero la riparazione o risarcimento del danno come terza tipologia di sanzione penale, proposto da un gruppo di professori di lingua tedesca[2], che produsse in ambito nazionale un primo significativo riconoscimento della riparazione come istituto di carattere generale da parte della *commissione Grosso per la riforma del codice penale* (1999)[3], la quale attribuì un ruolo significativo ai comportamenti riparatori successivi al reato, pur nella limitata prospettiva della *teoria dell'incentivo*[4]. In particolare,

[1] La previsione, introdotta dalla l. 23.6.2017, n. 103, recita: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato ...». Peraltro, la l. 4.12.2017, n. 172 che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 16.10.2017, n. 148, ha aggiunto alla previsione in esame un comma che esclude espressamente dalla sua applicazione i casi *ex* art. 612-*bis* c.p. (cd. *stalking*).

[2] Proposto da Baumann et al., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, 1992.

[3] In Grosso (a cura di), *Per un nuovo codice penale II*, Padova, 2000.

[4] La teoria si sviluppò, in particolare, nella ricerca del fondamento della non punibilità dovuta alla desistenza volontaria, in passato individuato in ragioni politico-criminali di utilità (cfr. Marinucci - Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 3a ed., 2001, 656; Fiandaca - Musco, *Diritto Penale*, *Parte Generale*, 8a ed., Bologna, 2019, 501 s.), le quali, ormai abbandonate in tema di desistenza, sono ancora utilizzate proprio in tema di cause di non punibilità sopravvenute e istituti consimili. Celebre la *teoria del ponte d'oro* (*goldene Brücke*) di von Liszt (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, (1a ed. 1881, 22a ed. 1919) [trad. spagn. della 18a [v. I] e 20a [v. II, III] ed. ted., *Tratado de derecho penal*, Madrid, 4a ed., 1999; trad. franc. della 17a ed. ted., *Traité de droit pénal allemand*, Paris, 1911] § 46; in prec. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796, 102; conf. Jakobs, *Kommentar*, in Eser e altri, *Die deutsche Strafrechtwissenschaft vor der Jahrtausende*, München, 2000, § 26, n.m. 2), secondo cui l'obiettivo dell'istituto è non impedire la ritirata di chi desidera retrocedere negli atti esecutivi già iniziati e punibili, che poi ha assunto una formulazione positiva convertendosi nella *teoria dell'incentivo* (*Anreiztheorie*), secondo cui l'offerta di impunità incentiva l'autore ad abbandonare il tentativo prima della consumazione del reato per evitare la compromissione definitiva del bene giuridico.

la commissione Grosso ritenne possibile – senza incrinare la tenuta generalpreventiva del sistema penale – la previsione sistematica di cause di non punibilità sopravvenute collegate «a condotte di riparazione dell'offesa realizzate entro soglie temporali che assicurino una reintegrazione *utile*, perché tempestiva, dell'interesse offeso dal reato, e consentano di ravvisare nella condotta riparatrice un ritorno all'osservanza del precetto violato». Un punto fermo venne individuato nella introduzione di una norma generale escludente la sanzione di chi impedisce volontariamente la verificazione dell'evento dannoso nei reati a consumazione anticipata e, dunque, anche con riferimento al recesso attivo, diversamente dalle soluzioni proposte dalla precedente commissione Pagliaro (1988).

Inoltre, la commissione Grosso propose di attribuire rilievo – in particolare con riguardo ai reati contro il patrimonio – alla condotta del reo che, prima che l'autorità abbia avuto notizia del fatto risarcisca o si obblighi a risarcire interamente il danno cagionato, sul modello del § 167 öStGB; nonché alle condotte riparatorie successive alla scoperta della responsabilità con l'aggiunta di qualche ulteriore costo. Infine – sul modello dell'art. 74 c.p. portoghese[5], ricondotto in sostanza alla riparazione come terza tipologia di sanzione penale delineata dal già citato progetto alternativo della *Wiedergutmachung* –, propose che per i reati meno gravi il giudice possa dichiarare il reo colpevole

Tali tesi sono condivisibilmente criticate perché identificano il fondamento della non punibilità della desistenza con un suo possibile effetto, tra gli altri: Roxin, *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, (trad. sp., *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*, in *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, 268, *passim*; Jescheck - Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, *Allgemeiner Teil*, 5a ed., Berlin, 1996 (trad. spagn., *Tratado de Derecho Penal*, *Parte General*, Granada, 2002), § 51 I 2; Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin, 1976, 65; Bockelmann, *Wann ist der Rücktritt von Versuch freiwillig?*, in *NJW*, 1955, 1419; Muñoz Conde, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona, 1972, 24 s.; Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1- 84, 3a ed., Milano, 2004, 604; Latagliata, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, 28 s.. In vero gli individui desistono dalla commissione di un reato per le più svariate ragioni, ma forse mai spinti dal proposito di liberarsi della pena.

[5] La previsione, contenuta nel *Capítulo IV: Escolha e medida da pena* – recentemente riformata dalla Lei n. 79/2021, de 24/11, che ha sostituito alla espressione reu (reo) la espressione *arguido* (imputato) – recita:
«Artigo 74. Dispensa de pena
1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o arguido culpado mas não aplicar qualquer pena se:
a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;
b) O dano tiver sido reparado; e
c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.
2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará.
3 - Quando uma outra norma admitir, com caráter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1».

senza applicare la pena, quando l'illiceità del fatto e la colpevolezza appaiano diminuite, il danno sia risarcito e non vi si oppongano ragioni preventive.

Ne seguì – con forti ambiguità dovute al rilievo riconosciuto non solo alle finalità general-preventive, ma anche a quelle special-preventive, nonché all'attribuzione al giudice dell'accertamento della soddisfazione di entrambe – l'introduzione del coevo istituto detto "estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie", limitatamente ai reati di competenza del Giudice di pace (art. 35, d. lgs. n. 274/2000), espressione di linee riformatrici anche dogmaticamente non nitide, che collega la *estinzione* del reato alla riparazione del danno cagionato mediante le restituzioni o il risarcimento e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose prima dell'udienza di comparizione davanti al giudice, i cui caratteri approfondiremo in questo saggio nel confronto con la previsione in esame.

## 2. Le condotte riparatorie vanno inquadrate nelle cause di non punibilità sopravvenuta.

Il percorso riformatore, in cui si sono inserite con forza negli anni più recenti le istanze politico-criminali della c.d. *giustizia riparativa* [6], ha prodotto diversi nuovi istituti, tra gli altri, la estinzione dei reati perseguibili a querela di parte a seguito di condotte riparatorie, previsto dall'art. 162-*ter*, che però è evidentemente estraneo alle istanze conciliative proprie della giustizia riparativa in senso stretto[7] e sembra ricollegarsi al modello originario della commissione Grosso, risultando correttamente inquadrabile tra gli istituti della non punibilità sopravvenuta[8].

L'istituto, infatti, è chiara espressione del principio di *sussidiarietà esterna*[9], correlando alla integrale riparazione del danno entro un termine definito

[6] Evidenziato, tra gli altri, con riferimento al tema trattato da Seminara, Perseguibilità *a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *Crim.*, 2018, 396 s.

[7] Come riconosciuto, pur criticamente, da più parti: Seminara, Perseguibilità *a querela*, cit., 396 s.; Demuro, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi Dolcini*, II, Milano, 2018, 717; Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162* ter *c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *DPP* 10/2017, 1282; Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *LP* 2017, 3.

[8] L'argomento è approfondito in Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

[9] Il principio di sussidiarietà rappresenta le ragioni di salvaguardia della libertà e di efficienza del sistema che richiedono anche un uso sinergico ed una equilibrata gradualità di intervento dei diversi strumenti giuridici, alla luce dei quali appare controproducente introdurre norme penali quando altre norme siano sufficienti o assicurino i medesimi risultati; essendo, oltretutto, illusorio ritenere che il diritto penale possa da solo rimediare all'assenza di essenziali controlli preventivi che, invece, debbono essere garantiti da altri rami dell'ordinamento giuridico (cfr. Romano, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim.*, 2011, 35 s.). Nel suo ambito di azione esterna il principio concerne la scelta di punire o non punire, in cui il diritto penale si colloca di fronte alla società e a tutti gli altri sistemi di controllo sociale di cui essa dispone – extragiuridici e giuridici: ordinamento civile, amministrativo, etc. – e interviene solo quando gli altri falliscano. Si parla di una scienza autonoma della sussidiarietà,

la non punibilità dei reati perseguibili a querela per i quali è ammessa la remissione[10], in cui ciò è certamente possibile.

Lo stesso assoggettamento a querela, pur istituto di carattere ambivalente sostanziale-processuale, pare del resto espressione del detto principio con riguardo a reati dei quali si riconosce un interesse pubblico al perseguimento esclusivamente su impulso della persona offesa, anche in ragione della natura del bene tutelato di natura privatistica e disponibile o, comunque, rispetto al quale sono riconosciuti prevalenti gli interessi e il ruolo della persona offesa[11], alle cui valutazioni si attribuisce rilievo determinante per la necessità dell'intervento penale. Insomma, presupponendo la possibilità di una utile composizione in sede extrapenale tra offensore e offeso o, comunque, una complessiva valutazione di inutilità o persino di nocività del perseguimento penale dell'autore dell'illecito effettuata dallo stesso offeso[12]. Pertanto, riconoscendo un ruolo al diritto penale solo quando non si trovino altre vie di soddisfazione degli interessi della persona offesa e la stessa ne reputi essenziale l'intervento.

Querela e sua remissione possono essere, dunque, assimilati in qualche misura, rispettivamente, alle condizioni oggettive di punibilità e alle cause di non punibilità sopravvenute[13].

da sviluppare unitamente alla teoria del bene giuridico e, quindi, di uno studio interdisciplinare e istituzionalizzato sui meccanismi di regolazione che consentono la protezione dei beni giuridici nel modo più efficace, ma anche, nella maggiore misura possibile, rispettoso della libertà (Roxin, *Schlussbericht*, in Neumann - Prittwitz (ed.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2005, 183 s.). Occorre sottolineare la autonomia del principio di sussidiarietà rispetto a quello di *extrema ratio*-frammentarietà: il primo, pur avendo un ruolo fondamentale, è comunque subordinato al secondo, con cui è comunemente confuso, nel senso che la valutazione della efficacia degli altri strumenti di tutela va effettuato con riguardo a quei fatti illeciti che abbiano già superato il vaglio della *frammentarietà*, altrimenti potrebbero sanzionarsi penalmente fatti insignificanti solo perché si constati l'assenza di altri strumenti idonei a prevenirli, il che oltretutto finirebbe per sminuire il ruolo del principio di frammentarietà e rendere inutile la stessa delineazione di un concetto materiale di reato.

10 Cfr., ampiamente, anche Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2020, 88 ss.

11 Cfr. anche Giunta, *Interessi* privati *e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 37, 41.

12 In particolare, il rilievo attribuito alle valutazioni della persona offesa deriva dalla necessità di proteggere suoi specifici interessi che possono essere colpiti dall'intervento penale (García Pérez, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, 369).

13 Sulla natura della querela e della sua remissione si contrappongono la tesi processuale (Romano - Grasso, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, artt. 85-149, 4a ed., Milano, 2012, 268; Giunta, *Interessi* privati, cit., 100; C. S.U., 24.9.2009, n. 49783, ced rv 245162; C. S.U. 21.6.2012, n. 35599, ced rv 253242), che non propone però argomenti decisivi perché derivati dalle formule di proscioglimento, e la tesi mista sostanziale-processuale accolta dai compilatori del codice (anche ila più recente giurisprudenza: C. S.U. 21.6.2018, n. 40150; C. II, 9.1.2020, n. 14987; C. II, 8.11.2018, n. 225/2019, ced rv 274734). Alla seconda consegue che le modifiche normative riguardanti la perseguibilità a querela vadano regolate dai principi in materia di *successione di leggi penali ex* art. 2, co. 4° c.p.**,** con l'effetto della irretroattività delle leggi penali sfavorevoli e della retroattività di quelle favorevoli, ovvero, rispettivamente, escludenti o introducenti la perse-

Non riteniamo, invece, che sia di per sé sola la scarsa gravità dell'attacco a giustificare la dipendenza dell'intervento penale dalla querela[14], poiché la gravità di un fatto va fissata oggettivamente, a prescindere dalla sua rappresentazione da parte dell'offeso. In presenza di attacchi di scarsa entità a beni di poca importanza si deve escludere il ricorso alla pena in forza del principio di *extrema ratio*, la cui applicazione precede quella del principio di sussidiarietà[15], prescindendo dalla valutazione dell'offeso[16]. In conclusione, l'istituto della querela di parte sembra relativo a fatti di un certo rilievo ma che colpiscono beni giuridici disponibili, riguardo a cui l'intervento penale viene limitato ai casi in cui il conflitto derivato dalla violazione della norma non è risolvibile dalle parti direttamente implicate[17].

In tale prospettiva si chiarisce la relazione dell'istituto in esame con i reati perseguibili a querela di parte: insomma, il legislatore affianca al regime della perseguibilità a querela l'istituto delle condotte riparatorie quale causa di non punibilità basato sullo stesso principio di sussidiarietà esterna, determinando per i reati interessati uno *status* del tutto peculiare, molto prossimo alla depenalizzazione *tout court*.

Significativo per l'inquadramento dogmatico dell'istituto il termine posto alla condotta riparatoria che costituisce un carattere tipico della non punibilità sopravvenuta, la quale, nel riconoscere il valore della *regressione offensiva*, per rispondere al principio di ragionevolezza – diversamente scardinando il sistema penale – deve subordinarne e di regola ne subordina la rilevanza a precisi limiti temporali, espliciti[18] o impliciti, che assicurino la reintegrazione utile dell'offesa o la eliminazione del pericolo ricollegabili alla minaccia iniziale in modo che possano apparire come osservanza, sia pure tardiva, del precetto violato, con l'effettiva salvaguardia della esigenza di prevenzione generale[19].

Termine la cui importanza è ribadita nella previsione in esame anche dai limiti in cui è consentita la proroga ai sensi dei commi 2° e 3°.

---

guibilità a querela di parte (C. II, 24.9.2008, n. 40399, ced rv 241862, in tema di previsione della perseguibilità a querela del delitto *ex* art. 642 c.p., come modificato dall'art. 24, l. n. 273/2002; C. V, 8.6.2015, n. 44390, ced rv 265999, in tema di irretroattività della irrevocabilità della querela previsto dall'art. 612-*bis*, co. 4°, ult. parte, introdotto dal d.l. 14 n. 93/2013).

14 C*ontra* Giunta, *Interessi* privati, cit., 39, 57, che parla a tal proposito di *querela-opportunità*.

15 V., *supra*, nota 9.

16 Paraltro, si propone l'uso della querela a scopi deflativi: Giunta F., *Interessi* privati, cit., 57, 185, che parla di *querela-selezione*.

17 Cfr. García Pérez, *La punibilidad*, cit., 369.

18 Si vedano, ad esempio, gli artt. 308, 309, 376 co. 1° e 2°, 387 co. 2° e 463 c.p.

19 Cfr. anche Padovani, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP*, 1986, 408 s.

## 3. Qualche chiarimento sull'oggetto della condotta riparatoria.

Conferma la collocazione dogmatica anche l'oggetto della condotta riparatoria consistente nell'integrale riparazione del danno cagionato dal fatto di reato mediante le restituzioni, cioè con la reintegrazione dello *status quo ante delictum* del patrimonio della persona offesa o del danneggiato in genere, oppure con il risarcimento, nonché, ove possibile, nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del fatto di reato[20]. L'alternatività e l'equivalenza tra restituzione, sufficiente di per sé a soddisfare l'integrale riparazione, e il risarcimento del danno, cioè il danno che deriva dalla impossibilità delle restituzioni, costituendo la restituzione una mera reintegrazione patrimoniale[21] esclude che assuma rilievo il cd. *danno non patrimoniale* che caratterizza il danno risarcibile *ex delicto* ai sensi dell'art. 185, co. 2° c.p., cosicché per la sussistenza della fattispecie di non punibilità è irrilevante il suo mancato risarcimento[22].

D'altra parte, oltre alla lettera, è proprio l'impianto complessivo dell'istituto, anche processuale, ad escludere che vi possa essere una identificazione e quantificazione delle "restituzioni" dovute o dell'alternativo risarcimento danno differente da quanto direttamente correlato alla materialità delle correlative "privazioni".

Pertanto, il tenore letterale della previsione esprime chiaramente il fondamento sostanziale dell'istituto, collegato al soddisfacimento degli obiettivi di tutela dell'incriminazione, sottolineando la netta distinzione con le cause di estinzione del reato, e si allinea sul piano della disciplina alla soluzione pacifica in materia di condizioni oggettive di punibilità. Diversamente ragionando l'istituto escluderebbe il reato pretendendo l'effettuazione di un risarcimento che ne implica la esistenza, scelta legislativa possibile ma che deve essere espressa, mentre nella specie sono previste esclusivamente le restituzioni o l'equivalente risarcimento del danno[23].

---

[20] C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082, richiede appunto anche l'eliminazione del cd. *danno criminale*.

[21] Manca, *La riparazione del danno*, cit., 114 s. e *passim*, parla con efficace immagine di riparazione algebrica.

[22] Conf. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 117 s., con rif. a C. S.U. 23.4.2015, n. 33864; *contra*, ma senza approfondimenti, tra gli altri, Canestrari - Cornacchia - De Simone, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, Bologna, 2a ed., 2017, 2 ss.; Fiandaca Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 8a ed., 202019, 857; Marinucci - Dolcini - Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10a ed., 2021, 512.

[23] La causa di non punibilità sopravvenuta in questione, a nostro avviso, esclude la risarcibilità del danno da reato anche in sede civile perché, escludendo la sussistenza del reato in un suo elemento essenziale, impedisce l'applicabilità degli artt. art. 185 e 198 c.p. che la presuppongono. Una tesi, invece, la afferma perché reputa permanga la antigiuridicità attribuita dalla norma penale con autonoma valutazione (così Stortoni, *Premesse ad uno studio sulla 'punibilità'*, in *RIDPP*, 1985, 413; Pioletti, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. Pen.*, X, 1995, 529), ma si può opporre che è la stessa previsione penale ad attribuire al fatto illecito una natura particolare, che esclude la permanenza dell'antigiuridicità "penale", prevedendone la non punibilità. Sull'interro-

Netta, dunque, la differenza con la attenuante *ex* art. 62, n. 6 c.p., che richiede l'integrale riparazione del danno mediante il risarcimento e, quando possibile, mediante le restituzioni, la quale si riferisce al danno *ex* art. 185 c.p., considerato che la circostanza concerne un reato e, pertanto, a dover essere riparato è il danno da reato. Attenuante con la quale non può, in effetti, proporsi alcun parallelismo dell'istituto in esame, nemmeno in tema di tentativo come vedremo in seguito[24].

## 4. Il legame con l'oblazione discrezionale e le conclusioni sulla riparazione.

Coerente con la natura dogmatica di causa di non punibilità sopravvenuta è la pretesa, in aggiunta alla reintegrazione risarcitoria, dell'eliminazione *ove possibile* delle conseguenze dannose o pericolose del reato: è, dunque, sufficiente che l'imputato abbia fatto quanto possibile per eliderle.

La previsione trova un interessante riferimento sistematico nella immediatamente precedente previsione della oblazione discrezionale nell'art. 162-*bis* c.p., in cui producono l'effetto dell'estinzione delle contravvenzioni il pagamento di una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda, prevista alternativamente all'arresto, e, *quando possibile*, l'eliminazione delle "conseguenze dannose o pericolose del reato". Nell'art. 162-*bis* quest'ultima espressione si riferisce all'offesa o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice e lo stesso va affermato con riguardo all'istituto esaminato, differenziandola dal danno materiale arrecato alla persona offesa del reato, la cui riparazione non è contemplata nell'oblazione discrezionale che concerne contravvenzioni.

Va da sé, in tema di art. 162-*ter*, che quando il danno arrecato alla persona offesa e l'offesa al bene giuridico coincidano null'altro è richiesto all'autore dell'illecito ai fini della non punibilità se non la riparazione praticabile[25].

Si può concludere che nella figura in esame a comportare la non punibilità del reato non è il risarcimento del danno da reato *ex* art. 185, ma la mera restituzione o risarcimento del danno emergente e del lucro cessante, necessariamente integrale, in unione all'eventuale eliminazione dell'offesa o della messa in pericolo del bene giuridico tutelato, ove possibile.

D'altra parte, è chiaro che il riconoscimento della congruità da parte del giudice penale di restituzioni e risarcimenti ai fini della non punibilità del reato, ancorché si parli di integralità, non rivesta autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produca alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile di cui non

---

gativo in generale cfr. Vassalli, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.* VI, 1960, 626 s..

24 V., *infra*, par. 7, n. 47 ss.

25 Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 19.

è necessario il consenso[26]. La ragione è essenzialmente dovuta a motivi di economia processuale correlati alla valutazione attribuita al giudice penale prima del dibattimento. Considerata però la identità del danno rilevante in ambedue i giudizi, la autonoma rivalutazione del danno in sede civile dovrà tenere conto, per scomputarlo, di quanto già la persona danneggiata abbia incamerato in sede penale a titolo di restituzione o risarcimento.

Con la lettura proposta del significato delle restituzioni vengono meno o si attenuano fortemente anche i problemi collegati alla diversità di condizioni economiche degli autori dei reati [27], i quali debbono essenzialmente rinunciare agli indebiti vantaggi conseguiti con la condotta illecita e, dunque, perde rilievo significativo la loro condizione economica di partenza.

## 5. La natura meramente volontaria della riparazione.

Va ribadita, d'altra parte, come anticipato, la evidente irrilevanza nell'art. 162-*ter* c.p. delle tematiche conciliative e vittimologiche ed ancor più di quelle specialpreventive concernenti il riconoscimento di una minore capacità a delinquere e della risocializzazione del reo, opportunamente escluse da ogni rilievo dal suo tenore letterale che attribuisce alle parti un ruolo marginale: debbono essere solo sentite[28] e ciò potrà essere certamente utile al giudice nell'unica prospettiva concessa dalla speciale causa di non punibilità, ovvero verificare la congruità della riparazione[29]. La previsione supera, tra l'altro, proprio l'*impasse* in cui potrebbero trovarsi le parti rispetto alla conclusione di accordi conciliativi finalizzati alla remissione della querela [30].

Come nelle altre cause di non punibilità è sufficiente e necessario che la condotta sia volontaria ovvero non coatta[31], mentre non è necessario che esprima ravvedimento, potendo anche essere frutto di un mero calcolo utilitaristico.

---

[26] C. V, 14.2.2019, n. 10390, ced rv 276028-01; C. II, 22.6.2021, n. 39252.

[27] Sollevati, ad es., da Canestrari - Cornacchia - De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., 2 s.; Seminara, Perseguibilità *a querela*, cit., 398.

[28] C. II, 22.6.2021, n. 39252, pretende però il consenso del P.M. *ex* art. 469 c.p.p., ma così non può essere poiché l'art. 162-*ter* c.p. sottrae l'istituto al consenso delle parti, limitandosi a richiedere che vengano sentite.

[29] Non può che essere esclusiva espressione dell'auspicio di tornare al modello, di nessun pregio, dell'art. 35, d. lgs. n. 274/2000, voler intravvedere nella previsione la sua anima conciliativa (così Venafro, *Le condotte riparatorie tra deflazione e mediazione*, in De Francesco - Gargani, Marzaduri - Notaro, *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Torino, 2019, 72 s.).

[30] Cfr. Palazzo, *La riforma penale alza il tiro?*, in *RTDPC*, 1/2016, 54.

[31] Esclusa in tema di furto quando l'autore scoperto restituisca la merce asportata agli addetti alla vigilanza dell'esercizio commerciale: C. V, 13.11.2020, n. 2490/2021, ced rv 280253; C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082. C. II, 17.5.2018, n. 21922, esclude la volontarietà quando il reo agisca costretto dall'efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado, senza aver fatto acquiescenza ai capi civili della sentenza, e, pertanto, solo in via provvisoria e con diritto alla ripetizione in caso di esito favorevole dell'impugnazione svolta in sede di legittimità.

La figura in esame si stacca significativamente, dunque, dal citato art. 35, d. lgs. n. 274/2000, relativo ai reati di competenza del Giudice di pace, perché non contiene alcun riferimento, diversamente da quest'ultimo, a valutazioni del giudice sul soddisfacimento delle esigenze di riprovazione del reato e di quelle special-preventive, ma ricollega la estinzione (*recte*: non punibilità) del reato alla sussistenza delle condotte riparatorie, ovvero al soddisfacimento della finalità di tutela della previsione incriminatrice[32].

L'istituto in esame è collegato esclusivamente alla presa d'atto da parte dell'ordinamento penale, che di conseguenza si ritrae, della restaurazione del patrimonio del danneggiato ed eventualmente della tutela del bene giuridico, le quali prescindono dalla riconciliazione tra reo e vittima, dal riconoscimento da parte della persona offesa della soddisfazione delle sue pretese patrimoniali, anzi ne superano l'assenza, nonché da qualsiasi pentimento del reo. Infatti, l'integrale riparazione del danno può essere riconosciuta dal giudice (co. 1°, parte 2ª) anche a seguito di offerta reale *ex* artt. 1208 ss. c.c. (formale o non-formale *ex* art. 1220 c.c.), formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove accerti la congruità della somma offerta a tale titolo[33].

La valutazione di congruità del giudice è richiesta dalla previsione financo nel caso di accettazione da parte della persona offesa delle restituzioni o del risarcimento[34], competendo ovviamente al giudice la verifica della sussistenza degli elementi integranti la causa di non punibilità sopravvenuta e, dunque, anche dell'integrale riparazione del danno cagionato dal fatto illecito[35].

In conclusione, il nuovo istituto anche nella sua costruzione e nella sua interpretazione costituisce un importante riconoscimento della non punibilità sopravvenuta espressione del principio di sussidiarietà esterna, quale presa d'atto del successo conseguito dalla previsione incriminatrice in termini di tutela dei beni giuridici, in cui assume, dunque, un ruolo assorbente la conferma della validità generalpreventiva della norma.

[32] Né è, d'altra parte, applicabile ai reati di competenza del Giudice di pace, data la peculiarità del sistema sostanziale e processuale relativo a tali reati: C. V, 10.6.2019, n. 47221, ced rv 277256; C. IV, 15.3.2019, n. 25843, ced rv 276370; C. S.U, 22.6.2017, n. 53683, ced rv 271587.

[33] Valutazione giudiziale riconosciuta anche con riferimento all'attenuante *ex* art. 62, n. 6: C. II, 23.11.2016, n. 53023.

[34] La persona offesa, però, può con la remissione della querela, che se non è ricusata dal reo estingue il reato (artt. 152, 155 c.p.), escludere ogni interferenza giudiziale sulla congruità del risarcimento.

[35] V. C. VI, 23.10.2018, n. 52671, ced rv 274579. Analogamente la giurisprudenza conclude anche in tema di circostanza attenuante *ex* art. 62, n. 6, per cui il giudice «può anche disattendere, con adeguata motivazione, finanche ogni dichiarazione satisfattiva resa dalla parte lesa» (C. IV, 14.7-20.9.2011, n. 34380; C. V, 4.11.2015, n. 44562, ced rv 251508). Diversamente, argomentando dalla lettera della previsione, Canestrari - Cornacchia - De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., 4 s.

## 6. La estensione a tutti i concorrenti della non punibilità per la riparazione.

Alla sistematica conferma del collocamento dogmatico segue la risposta all'interrogativo sulla controversa estensione a tutti i concorrenti degli effetti di non punibilità della condotta riparatoria posta in essere solo da taluno di essi[36], che riteniamo debba essere senza dubbio positiva.

A tal proposito va preliminarmente evidenziato che, pur essendo proponibili principi generali in materia di non punibilità, ad essere determinanti sono le distinte previsioni che possono escludere l'estensione della non punibilità ai concorrenti per le peculiarità delle situazioni rilevanti[37] o delle controcondotte e dei fatti di reato cui ineriscono[38].

Non è però condivisibile, in termini generali, l'esclusione dell'estensione ai concorrenti delle cause di non punibilità, ed in particolare di quelle sopravvenute, ritenendole basate su valutazioni di opportunità e il richiamo alla disciplina dell'art. 119, co. 1° c.p. per "le circostanze soggettive di esclusione della pena"[39], riproponendo la disciplina fissata dall'art. 182 c.p. per le cause di estinzione del reato, secondo cui l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce, da cui però le cause di non punibilità sopravvenute si differenziano nettamente.

Occorre, al contrario, fare riferimento a natura e fondamento della non punibilità sopravvenuta e segnatamente al connotato antagonistico e risarcitorio delle condotte *post factum* in questione rispetto alla lesione o alla messa in pericolo dei beni tutelati dalla fattispecie incriminatrice, che conduce a riconoscere in termini generali – come consolidato nell'ambito delle concezioni che affermano l'autonomia della punibilità rispetto al reato[40] – la rilevanza in termini oggettivi delle cause non punibilità che escludono il reato[41]. Pertanto, l'effetto di non punibilità del reato attribuita alla condotta *post*

---

[36] È pacifico, invece, che gode della non punibilità anche il concorrente nella condotta *post factum* riparatoria (Lenckner, Sub *§ 266a*, in Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 29a ed., 2014, n.m. 27; Contento, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, 154 s.; Faraldo Cabana, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, 192).

[37] Ad esempio, l'art. 649 c.p. attribuisce rilievo ai legami familiari (in tema, ampiamente, Cocco, *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in *Resp. Civ. Prev.* 2015, 1048).

[38] Ad esempio, quando la controcondotta si limita a porre nel nulla il contributo individuale all'attività pericolosa la non punibilità non si estende ai concorrenti, come nelle ipotesi di cui agli artt. 308 n. 2 e 309 n. 2 c.p.

[39] *Contra* Marinucci - Dolcini, *Corso*, 660; Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 333 s.; Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP*, 1990, 68 s.

[40] Santoro, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, 232; Pedrazzi, *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*, in *RIDP* 1954, 444, n. 41; ma anche Battaglini, *Diritto penale*, *Parte Generale*, Padova, 3a ed., 1949, 162 s., 174 s.

[41] Jescheck - Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, *Allgemeiner Teil*, 5a ed., Berlin, 1996 (trad. spagn., *Tratado de Derecho Penal*, *Parte General*, Granada, 2002), 551 ss. (592 ss.); Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4a ed.,

*factum* che ripara il danno e restaura il bene leso (o elimina il pericolo per lo stesso) effettuata anche da uno solo dei concorrenti nel reato deve essere – in linea di principio – estesa a tutti gli altri, proprio perché esclude la punibilità del fatto antigiuridico e colpevole e non di un singolo agente[42], potendosi richiamare anche la disciplina dell'art. 119 c.p., che estende l'efficacia delle circostanze oggettive che escludono la pena a tutti i concorrenti. Sul piano operativo, d'altra parte, pare destinata al fallimento l'introduzione di istituti che non si ripercuotano in favore di tutti i concorrenti perché si porrebbe un impedimento serio in molti casi alla effettuazione della controazione sollecitata dall'ordinamento.

Con riferimento allo specifico istituto in esame è la previsione ad escludere ogni altra soluzione, che sarebbe irragionevole e illegittima costituzionalmente, infatti la previsione pretende la riparazione integrale, cosicché quando essa sia sussistente non si vede cos'altro si possa pretendere dagli eventuali concorrenti e quale senso abbia escluderli dalla non punibilità essendo gli stessi impossibilitati ad effettuare una nuova riparazione[43], che sarebbe abnorme nel contesto normativo di riferimento. Non v'è, dunque, alcuna ragione per inquadrare l'istituto tra le cause soggettive di esclusione della pena invece che in quelle oggettive, esclusivamente richiamate dallo stesso concetto di riparazione integrale del danno provocato dal reato[44].

D'altra parte, a ben vedere, la stessa formula utilizzata dell'art. 182 c.p. non dice nulla circa coloro ai quali si riferisce la denominata dal legislatore causa di estinzione, pur correttamente inquadrabile nelle cause di non punibilità. L'art. 162 *ter* parla di imputato ovviamente riferendosi alle figure monosoggettive, ma ricollega direttamente la non punibilità alla condotta riparatoria, ovvero al soddisfacimento delle finalità di tutela della previsione incriminatrice, mentre – non facendovi alcun riferimento – esclude qualsivoglia ruolo al soddisfacimento di esigenze specialpreventive, le quali sole potrebbero apparire non soddisfatte da un concorrente che non contribuisce alle condotte riparatorie.

Ne consegue anche l'irrilevanza dell'origine dei mezzi necessari alla riparazione, perché non deve esprimere un soggettivo ravvedimento del reo desumibile dal suo sacrificio patrimoniale, nonché delle modalità di formaliz-

---

2006, § 23, nm. 32 s.; Lenckner, Introduz. §§ 32 s., in Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., n.m. 131; Schmidhäuser, *Strafrecht. AT. Studienbuch*, Tübingen, 2a ed., 1984, 262; Maurach - Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1 - *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch*, 8a ed., Heidelberg, 1992, 595, n.m. 32 ss.; Pioletti, voce *Punibilità*, cit., 530.

42 V. C. cost. 31.3.1988, n. 370, in *Giur. Cost.* 1988, 1559.

43 Anche Faraldo Cabana, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., 192, pone la questione dei concorrenti impediti a beneficare della causa di non punibilità dalla contro condotta già posta in essere da uno di essi.

44 Conf. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 128; *contra* Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 22, argomentando *ex* art. 182 c.p.

zazione della attività di reintegrazione, a cui può provvedere anche un terzo purché nell'interesse dell'imputato o degli imputati[45].

Non v'è dubbio, invece, che la ricezione da parte della vittima di un risarcimento del danno, rispetto al quale sia assicurato, da parte della propria assicurazione privata o pubblica sia irrilevante in questo contesto[46].

## 7. Conclusioni. Un istituto da perfezionare per attribuirgli un ruolo strategico sulla via della depenalizzazione.

Dopo decenni di sollecitazioni volte ad una significativa depenalizzazione, non si condividono le critiche ad un istituto, opportunamente lontano dai modelli della giustizia riparativa per i suoi obiettivi, che svolge un ruolo molto prossimo alla depenalizzazione secca, salvaguardando però gli interessi essenziali (e solo quelli) delle persone offese.

Non fondate, in particolare, le critiche[47] argomentate sulla inapplicabilità dell'istituto alle ipotesi di tentativo, così ribadendo la esclusione affermata in giurisprudenza in materia di circostanza attenuante *ex* art. 62 co. 6 c.p., e paventando che si darebbe altrimenti vita ad una ipotesi sostanzialmente di depenalizzazione. Non vi sono, infatti, ragioni letterali o sistematiche per escludere l'applicabilità alle ipotesi di tentativo della previsione in esame[48] che non ha, come già sottolineato, alcun rapporto con l'art. 62 co. 6 c.p.; d'altra parte, un qualche danno è prospettabile anche nel tentativo pur senza ricollegarsi al danno da reato; comunque, l'esito 'depenalizzante' è l'evidente, legittimo e condivisibile obiettivo della speciale nuova figura.

Va, invece, lamentato che l'istituto in esame non abbia avuto fin qui una significativa applicazione, pur caratterizzandosi per il rispetto del principio di legalità e per la salvaguardia degli interessi della persona offesa, pur senza essere condizionato dalle decisioni di quest'ultima. Mentre, differente successo pare avere l'istituto previsto dall'art. 131-*bis c.p.*, i cui contorni sono demandati alla creatività giudiziale, che prevede una depenalizzazione in concreto già per questo meno rispettosa del principio di legalità ed incurante della riparazione della vittima.

Riteniamo, dunque, che occorra insistere per l'estensione dell'istituto in esame, in particolare anche a reati non perseguibili a querela di parte, *in primis* alle contravvenzioni, però con una messa a punto e segnatamente con l'adozione di sanzioni amministrative a bilanciare la non punibilità che altrimenti lascerebbe i comportamenti inosservanti privi di qualsiasi sanzio-

---

45 Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 22; Manca, *La riparazione del danno*, cit., 127.

46 V. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 126 s.

47 Proposte, in particolare, da Seminara, Perseguibilità *a querela*, cit., 399 s.

48 Per una applicazione dell'istituto alle figure tentate degli artt. 628, 629 e 630 c.p., assoggettate a querela di parte dall'art. 649 c.p., v. C. II, 17.10.2019, n. 44863. Conf. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 119 s.;

ne. È, in definitiva, auspicabile una sorta di fusione tra gli istituti dell'oblazione discrezionale e delle condotte riparatorie, con la creazione di un istituto applicabile a delitti e contravvenzioni, incentrato sulla riparazione integrale del danno e l'eventuale eliminazione dell'offesa o del pericolo per il bene giuridico tutelato, nonché il pagamento di una sanzione amministrativa fissata in concreto nell'ambito di un minimo e massimo edittale, che può certo soddisfare anche le problematiche della scarsa offensività del fatto concreto, superando l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p. che continua a non convincerci[49].

L'obiettivo dovrebbe essere sostituire la fin troppo ricca varietà di modelli di depenalizzazione in astratto – il riferimento è, in particolare, alle sanzioni pecuniarie civili – e in concreto, con un unico, agile ed efficiente strumento che sommi alla riparazione la sanzione amministrativa, in vece dell'abusata sanzione penale, e garantisca il principio di legalità e la tanta invocata, ma altrettanto frustrata dalla fertile mente riformatrice, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

[49] Criticata in Cocco, *La punibilità*, cit., 47 ss., 82 ss.

# IL CAVALLO DI TROIA E L'ISPE- PERQUI-INTERCETTAZIONE

**Leonardo Filippi***

**Sommario: 1.** L'ordigno onnivoro. – **2.** L'intercettazione. – **3.** Il sequestro. – **4.** La mancanza di una disciplina legislativa sull'inoculazione del *malware*. – **5.** La violazione della libertà di autodeterminazione del controllando. – **6.** I dubbi sul *server* utilizzato.


## ABSTRACT

*Il trojan è un ordigno onnivoro che tutto e chiunque, dovunque e comunque non solo intercetta, ma ispeziona, perquisisce e acquisisce (e può anche, insidiosamente, immettere dati nel dispositivo intercettato. Esso, infatti, può attivare il microfono; può captare il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato"; può mettere in funzione la web-camera ; può perquisire l'hard disk dell'apparecchio "bersaglio", facendo copia di files che eventualmente possono essere trasmessi agli inquirenti; può decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema; può infine fotografare ciò che appare sullo schermo del dispositivo colpito. Tutte tali ingerenze sono ammesse dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali?*

*The Trojan is an omnivorous device that anyone and everyone, everywhere and however not only intercepts, but inspects, searches and acquires (and can also, insidiously, enter) data in the intercepted device. It, in fact, can activate the microphone; it can pick up data traffic arriving or departing from the "infected" device; it can activate the web-camera; it can search the hard disk of the "target" device, making a copy of files that can eventually be transmitted to the investigators; it can decipher everything that is typed on the keyboard connected to the system; it can finally photograph what appears on the screen of the affected device. Are all these interferences allowed by the Constitution and by the International Conventions?*


* Professore emerito di Procedura penale – Università di Cagliari.

## 1. L'ordigno onnivoro.

Eravamo stati facili profeti quando paventavamo l'avvento del *trojan*, ordigno onnivoro che tutto e chiunque, dovunque e comunque non solo intercetta, ma ispeziona, perquisisce e acquisisce (e può anche, insidiosamente, immettere dati nel dispositivo intercettato). Sono infatti impressionanti le funzioni che il "cavallo di Troia" può svolgere. Esso, infatti, può attivare il microfono (registrando i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il portatore del dispositivo); può captare il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato"; può mettere in funzione la *web-camera* (permettendo di registrare le immagini circostanti); può perquisire l'*hard disk* dell'apparecchio "bersaglio", facendo copia di *files* che eventualmente possono essere trasmessi agli inquirenti; può decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*); può infine fotografare ciò che appare sullo schermo del dispositivo colpito (*screenshot*). Perciò, il "cavallo di Troia" non si limita a registrare le conversazioni "tra presenti", ma consente sia un'attività di *on line surveillance*, nella quale è ricompresa la captazione di flussi informativi riconducibile alla disciplina delle intercettazioni, sia un'attività di *on line search*, nella quale rientra la copia e la successiva trasmissione all'esterno di *files* contenuti nel dispositivo "target".

Si susseguono però le pronunce giurisprudenziali che legittimano tali invasive potenzialità intrusive, pur in assenza dei connotati caratteristici dell'intercettazione.

## 2. L'intercettazione.

Com'è noto, l'art. 266 c.p.p. non offre una nozione di intercettazione, limitandosi ad elencare i casi ammessi di intercettazioni telefoniche, di altre forme di telecomunicazione e di comunicazioni tra presenti, anche con l'inserimento di un captatore informatico. Secondo la definizione offerta dalle Sezioni unite Torcasio del 2003, l'intercettazione consiste nella captazione, occulta e contestuale, di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato[1]. Emergono con nitidezza in questa definizione i caratteri dell'intercettazione.

Oggetto dell'intercettazione deve quindi essere, anzitutto, una comunicazione o conversazione, cioè un messaggio scambiato tra due o più interlocutori, perché solo questa è coperta della riserva di legge *ex* art. 15 Cost. Sul punto la giurisprudenza ha però esteso oltremodo il concetto, ammettendo

[1] Sez. un., 28.5.2003, Torcasio ed altro, in *Cass. pen.*, 2004, 2094.

"comportamenti comunicativi"[2], laddove l'art. 267 c.p.p. autorizza, almeno

[2] Sez. I, n. 3591/2022 del 7.10.2021, afferma che lo *screenshot* di un file *Excel*, contenente un prospetto contabile, eseguito per mezzo di un captatore informatico, non darebbe luogo al sequestro di un documento informatico preesistente all'attività investigativa, ma costituirebbe intercettazione mediante captazione di un flusso di dati *in fieri*, e non sarebbe pertanto riconducibile ad una perquisizione. Il *file* era stato "fotografato" sul *personal computer* in uso ad un indagato dal *malware* ivi inoculato. Secondo la Corte, tale attività investigativa «non ha riguardato l'estrapolazione dal supporto digitale di documenti informatici preesistenti all'attività intercettiva, bensì esclusivamente la captazione di flussi di dati *in fieri*, cristallizzati nel momento stesso della loro formazione». Si sarebbe trattato, perciò, di «una attività di mera "constatazione" dei dati informatici in corso di realizzazione» che, pur non rappresentando una "comunicazione" in senso stretto, costituirebbe, invece, un comportamento cd. comunicativo, del quale è ammessa la captazione – previo provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria – nonché la videoregistrazione, dunque anche la fotografia, avvenuta nel caso di specie mediante *screen shot* della schermata. Secondo la sentenza, nel caso di specie, la "fotografia" sarebbe stata realizzata dalla polizia giudiziaria mentre il documento veniva visualizzato sullo schermo (dunque quando era in atto un flusso di dati) – per cui l'esecuzione dello *screenshot* non consisterebbe nell'estrazione dal *computer* di un documento informatico preesistente, ma si risolverebbe nella captazione di un flusso di dati in corso, cristallizzati nel momento stesso della loro formazione. Pur se tale fotografia non è riconducibile ad una "comunicazione" in senso stretto, secondo la Corte, essa rappresenterebbe un comportamento cd. comunicativo del quale è ammessa la captazione – ovviamente previo provvedimento autorizzativo del giudice – nonché la video-registrazione o, appunto, la fotografia. La Suprema Corte, pertanto, esclude che sia stata realizzata una perquisizione, essendo mancata qualsiasi ricerca e successiva estrapolazione di materiale preesistente dal supporto informatico. A tal proposito, non rileverebbe che nel documento acquisito figurino dati preesistenti alla sua formazione, perché si tratterebbe di una conseguenza della natura del medesimo, che nel caso in esame riporta poste di contabilità, riepilogative di operazioni economiche già effettuate ovvero in corso di realizzazione, delle quali era stata aggiornata l'annotazione e la memoria. In realtà, l'attività investigativa – eseguita da remoto con l'ausilio di un *malware* – dà luogo ad ispezione e perquisizione, regolati dagli artt. 244 e 247, comma 1-*bis*, c.p.p. e la successiva acquisizione del *file* informatico è ovviamente un sequestro. Ma tale attività di ispezione, perquisizione informatica o telematica e sequestro non è ammissibile mediante l'impiego del captatore informatico, giacché l'art. 266, comma 2, c.p.p. limita l'impiego del captatore informatico all'intercettazione delle «comunicazioni tra presenti» e quindi non consente l'impiego del captatore per attività di *on line search*, che mirano a ispezionare, ricercare ed acquisire documenti o dati. Neppure tale attività di ricerca e acquisizione può essere contrabbandata come prova atipica perché il codice di rito penale disciplina specificamente tali atti di indagine come ispezione, perquisizione e sequestro. Ma l'inquadramento come intercettazione informatica o telematica a mezzo del "cavallo di Troia", anziché come perquisizione e sequestro, come correttamente si sarebbe dovuto fare, ha permesso di eludere le garanzie difensive prescritte per l'ispezione, la perquisizione e il sequestro, consentendo di acquisire da remoto il *file* contenente il prospetto contabile senza rispettare le norme poste a tutela dell'intervento di una persona di fiducia (art. 250 c.p.p.), del diritto di assistenza del difensore (art. 365 c.p.p.), dell'invio dell'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.) e del diritto di riesame del decreto di sequestro (art. 257 c.p.p.). Ma, più in generale, l'improprio utilizzo del captatore in funzione di ispezione, perquisizione e sequestro ha impedito di adottare le «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione», come prescrivono gli artt. 244, comma 2, e 247, comma 1-*bis* c.p.p.; esso ha anche impedito la realizzazione di una copia dei dati originali, «su adeguati supporti, mediante procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità, potendo anche prescrivere la custodia degli originali anche in luoghi diversi dalla cancelleria o dalla segreteria» (art. 260, comma 2, c.p.p.).

per l'impiego del captatore, l'attivazione del microfono e quindi si riferisce soltanto alla conversazione verbale; altre volte la Corte di cassazione ricorre alla nozione di prova atipica[3] e addirittura è arrivata ad affermare che le riprese audio-video, disposte previa autorizzazione del giudice, delle effusioni e dei rapporti sessuali tra l'indagato e la minore vittima di violenza sessuale all'interno di un domicilio privato, sono utilizzabili in quanto configurano intercettazioni di comportamenti comunicativi, ancorché di tipo non verbale, espressivi di interazione ed idonei a trasmettere contenuti del pensiero e stati d'animo[4]. Inoltre, la comunicazione deve essere oggettivamente segreta, nel senso che la sua segretezza deve emergere oggettivamente dalle caratteristiche della stessa, cioè dal suo contenuto e dalle modalità con cui essa si svolge; pertanto, non è intercettazione ascoltare ciò che taluno comunica ad altri a voce alta o su onde radio[5].

La captazione deve essere occulta rispetto ad almeno uno dei comunicanti (a differenza del sequestro che è atto scoperto e garantito), per cui nel caso in cui uno dei partecipanti alle conversazioni sia a conoscenza dello svolgimento delle intercettazioni, regolarmente autorizzate dall'autorità giudiziaria ed eseguite nelle forme di legge, il loro risultato è utilizzabile[6]. Il consenso di uno degli interlocutori non è sufficiente a rendere legittima l'intercettazione non autorizzata di una conversazione da parte di un terzo, in quanto anche la segretezza delle comunicazioni dell'ignaro interlocutore deve essere garantita[7].

---

[3] Le Sezioni unite hanno affermato che le videoregistrazioni eseguite dalla polizia giudiziaria, anche d'iniziativa, vanno incluse nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. e, trattandosi della documentazione di attività investigativa non ripetibile, possono essere allegate al relativo verbale e inserite nel fascicolo per il dibattimento. Le stesse Sezioni unite hanno infine affermato il principio che le videoregistrazioni in ambienti in cui è garantita l'intimità e la riservatezza, non riconducibili alla nozione di "domicilio", sono prove atipiche, soggette ad autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria e alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. (Sez. un., 28.3.2006, Prisco, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1347).

[4] Sez. III, n. 31515 del 22.7.2020 (dep. 11.11.2020), in *Cass. pen.*, 2021, 1348.

[5] È pacifico che esulano dall'ambito di applicabilità dell'art. 266 c.p.p. le conversazioni o comunicazioni attuate con l'uso di emittenti a irradiazione circolare, dal momento che queste, per la loro stessa natura, sono percepibili da chiunque disponga, nel raggio di irradiazione, di un apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onda e sono pertanto da considerare prive di ogni carattere di riservatezza : Sez. I, 20.5.1997, Bottaro ed altri, *CED* 207931; Sez. VI, 20.1.1995, Ventura e altro, *Guida dir.*, 1995, 21, 68; Sez. II, 12.11.1994, Seminara, in *Cass.pen.*, 1996, 861; Sez. I, 2.4.1991, Puzzo, *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 467.

[6] Sez. I, 7.11.2007, Ditto, in *Giur. it.*, 2009, 195.

[7] Sez. VI, n. 39771 del 25.9.2014, in *Cass. pen.*, 2014, 1166, secondo cui, nell'ipotesi in cui si proceda ad intercettazione di conversazioni tra presenti ad opera della polizia giudiziaria è sempre necessaria l'autorizzazione del giudice anche se uno degli interlocutori ne è consapevole, in quanto la sua rinuncia alla riservatezza non rende lecita l'intercettazione ad opera di un terzo che è rimasto estraneo al colloquio. In senso contrario, Sez. IV, del 19.6.2001, La Pietra, in *Guida dir.*, 2001, 41, 95, secondo cui il consenso da parte del legittimo destinatario di una comunicazione telefonica a che un terzo (nella specie, un appartenente alla p.g.] possa ascoltare liberamente il contenuto della comunicazione medesima colloca il fatto stesso al di fuori della disciplina delle

Caratteristica dell'intercettazione è la captazione contestuale rispetto alla comunicazione in atto, per cui l'intercettazione capta una comunicazione in corso (come le conversazioni, anche con messaggistica istantanea), a differenza del sequestro che è atto palese e differito rispetto alla comunicazione, oltre che garantito dal diritto di difesa.

Altra caratteristica dell'intercettazione è la terzietà del captante, cioè che colui che capta la comunicazione sia un terzo rispetto ai comunicanti; di conseguenza, la registrazione effettuata da uno dei partecipanti alla conversazione non rientra nel novero delle intercettazioni[8].

Infine, occorre l'impiego di strumenti tecnici di percezione e registrazione del suono idonei a documentare il contenuto della comunicazione, per cui l'origliamento a orecchio nudo o l'ascolto di conversazioni o comunicazioni attuate mediante onde radio con l'uso di emittenti a irradiazione circolare non sono intercettazioni.

L'art. 266-*bis* c.p.p. regolamenta invece l'intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche. Per intercettazione informatica si intende la registrazione segreta di flussi di informazioni scambiate da due o più elaboratori collegati via cavo o comunque mediante collegamenti fisici. Si parla invece di intercettazione telematica quando la captazione riguarda i sistemi telematici, costituiti da reti di elaboratori che, per scambiarsi dati utilizzano cavi telefonici, reti di *computer* o altre forme di collegamento tra sistemi telematici.

L'intercettazione informatica o telematica capta il flusso delle comunicazioni informatiche o telematiche in partenza o in arrivo su un certo *account* in tempo reale rispetto alla comunicazione, come nel caso di intercettazione di messaggi di posta elettronica, i quali, se invece sono già consegnati al destinatario e memorizzati sugli impianti dell'*internet service provider*, possono essere oggetto di sequestro a norma dell'art. 254 c.p.p.

Relativamente all'acquisizione delle *e-mail*, in taluni casi sono sorti problemi sull'inquadramento come intercettazione telematica *ex* art. 266-*bis* c.p.p.

intercettazioni telefoniche, dovendosi tale situazione equiparare alla "rivelazione" di una conversazione a opera di chi vi abbia preso parte, al di fuori, perciò, di quel controllo delle conversazioni e delle comunicazioni effettuato "a sorpresa", che caratterizza l'intercettazione vera e propria. Si è anche affermato che l'utilizzabilità delle intercettazioni regolarmente autorizzate dall'autorità giudiziaria ed eseguite nelle forme di legge non viene meno per la circostanza che uno dei partecipanti alle conversazioni sia a conoscenza dello svolgimento delle intercettazioni. In questo caso non opera, infatti, la sanzione di inutilizzabilità applicabile nella diversa fattispecie in cui la polizia guidi la registrazione del contenuto di colloqui privati da parte di uno degli interlocutori, con propri apparecchi che possano captarne il contenuto durante il loro svolgimento e consentirne l'ascolto diretto, così realizzando indirettamente una intercettazione di conversazioni senza la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria (Sez. I, 12.12.2007, D.G., *CED* 238488).

[8] Le Sezioni Unite Torcasio del 2003 affermarono che la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da soggetto partecipe di dette comunicazioni, o comunque autorizzato ad assistervi, costituisce – sempre che non si tratti della riproduzione di atti processuali – prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234 c.p.p. (Sez. Un., 28.5.2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 2094).

oppure come sequestro. Si sono perciò proposti diversi criteri per distinguere l'intercettazione dal sequestro della posta elettronica. Il più corretto è quello incentrato sull'attualità della comunicazione rispetto all'acquisizione della *e-mail*, per cui si tratta di intercettazione quando la captazione dell'*e-mail* avviene in tempo reale, contestualmente alla sua trasmissione. La *e-mail* rileva come comunicazione istantanea, allo stesso modo di quella telefonica o tra presenti, e può essere intercettata finché la comunicazione è in corso. Pertanto, le *e-mail* già pervenute al destinatario ed archiviate in apposite cartelle nella memoria del p.c. non possono essere oggetto di intercettazione, trattandosi di un flusso di dati "già avvenuto", rispetto al quale manca uno dei presupposti tipici dell'intercettazione, cioè l'apprensione della comunicazione in tempo reale. In caso di ritardo nella consegna del messaggio dal *server* del mittente a quello del destinatario, la comunicazione è ancora in corso e può essere oggetto di intercettazione, come pure nell' ipotesi dell'acquisizione delle *e-mail* in transito sul *server* del gestore, mentre diverso è il caso in cui la polizia procede al sequestro della posta già consegnata e archiviata sul *server* del gestore. Nell'ipotesi di acquisizione di *e-mail* scaricata sul p.c. del destinatario ma da lui non ancora letta si può ritenere esaurito il corso della trasmissione e quindi essa è oggetto di sequestro e la stessa conclusione si dovrebbe raggiungere quando la *e-mail* è letta ma non dal destinatario ma da altri.

Non sembra condivisibile la tesi che vorrebbe distinguere l'intercettazione telematica dal sequestro in base alle modalità di effettuazione dell'atto di acquisizione, perché, com'è noto, mentre l'intercettazione è un'attività svolta in maniera occulta, il sequestro è anch'esso un atto a sorpresa, ma scoperto e differito, oltre che garantito. Pertanto, quando la percezione della comunicazione informatica avviene attraverso la duplicazione della casella di posta elettronica da parte del gestore del relativo servizio, con il conseguente inoltro di tutte le *e-mail* direttamente sul *server* della Procura della Repubblica, si tratta di intercettazione di flussi informatici *ex* art. 266-*bis* c.p.p. Se invece gli organi inquirenti si rivolgono direttamente all'ente che gestisce la corrispondenza elettronica o accedono direttamente al p.c. dell'interessato, l'apprensione dei dati digitali, per il suo carattere palese, dà luogo ad un'attività di sequestro.

In altre parole, l'art. 266-*bis* c.p.p. trova applicazione laddove si intenda captare il flusso delle comunicazioni telematiche in partenza o in arrivo su un certo *account*, mentre deve provvedersi al sequestro solo in relazione alla corrispondenza telematica immessa nei sistemi di comunicazione e già pervenuta al destinatario e quindi custodita presso il fornitore di servizi, definito *service provider*.

Di conseguenza, si è affermato che le *chat*, come le *mail* e i *social network*, 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., laddove, invece, il sequestro di cui all'art. 254-*bis* c.p.p. non riguarda un flusso di comunicazioni (quale è quello che si realizza con le *chat*, anche se non contestuali) bensì

dati detenuti da fornitori di servizi telematici (ad esempio su un *hard disk* o altro supporto informatico)[9].

L'intercettazione di *e-mail* o altri messaggi similari (che di solito si attua attraverso la clonazione dell'*account* di posta elettronica dell'indagato e immediata trasmissione dei dati presso una postazione di decodifica), la quale si caratterizza per la contestualità tra la captazione dei messaggi e la loro trasmissione e, quindi, ha ad oggetto un flusso comunicativo in atto e in ragione di ciò l'art. 266-*bis* c.p.p. predispone, proprio perché trattasi di un'attività di intercettazione telematica, una tutela rafforzata e l'adozione delle garanzie relative ai presupposti di applicabilità e alla necessità dell'autorizzazione giurisdizionale[10].

## 3. Il sequestro.

Diversa dall'intercettazione è l'attività di acquisizione *ex post* del dato conservato in memoria che documenta flussi già avvenuti, i cui dati, pertanto, possono essere acquisiti attraverso lo strumento del sequestro[11].

La Corte e.d.u. ha ravvisato una violazione del diritto alla segretezza della corrispondenza, tutelato dall'art. 8 C.e.d.u., in un caso in cui al ricorrente era stato sequestrato un cellulare contenente una serie di messaggi con due suoi

---

9 Trib. Roma (sez. riesame) 10.8.2015, Guarnera e altri.

10 Sez. III, n. 29426 del 16.4.2019 (dep. 5.7.2019), in *Guida dir.*, 2019, n. 38, 102.

11 È stato ritenuto legittimo il decreto del pubblico ministero di acquisizione in copia, attraverso l›installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel *personal computer* in uso all'imputato e installato presso un ufficio pubblico, qualora il provvedimento abbia riguardato l'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del *personal computer* o che in futuro sarebbero stati memorizzati (nel caso di specie, l'attività autorizzata dal P.M., consistente nel prelevare e copiare documenti memorizzati sull'*hard disk* del computer in uso all'imputato, aveva avuto ad oggetto non un "flusso di comunicazioni", richiedente un dialogo con altri soggetti, ma "una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico", ossia "un flusso unidirezionale di dati" confinati all'interno dei circuiti del computer; la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione dell'attività di captazione in questione quale prova atipica, sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 ss. c.p.p.) (Sez. V, n. 16556 del 14.10.2009 (dep.29.4.2010), Virruso e altri, Rv. 246954 – 01). Si afferma che i dati contenuti nella memoria di un telefono cellulare o di un *computer* sequestrati (s.m.s., messaggi *WhatsApp*, *e-mail*) possono essere acquisiti come documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., non essendo necessario ricorrere alle regole stabilite per la corrispondenza, né a quelle relative alle intercettazioni telefoniche (Sez. VI, n. 28269 del 28.5.2019 (dep. 27.6.2019), P.M. in proc. P., in *Guida dir.,* 2019, n. 34, 72; Sez. V, n. 1822 del 21.11.2017 (dep. 16.1.2018), in *Guida dir.*, 2018, n. 15, 96). In particolare, si afferma la legittimità del provvedimento con cui il giudice di merito rigetta l'istanza di acquisizione della trascrizione di conversazioni, effettuate via *WhatsApp* e registrate da uno degli interlocutori, in quanto, pur concretandosi essa nella memorizzazione di un fatto storico, costituente prova documentale, *ex* art. 234 c.p.p., la sua utilizzabilità è, tuttavia, condizionata all'acquisizione del supporto telematico o figurativo contenente la relativa registrazione, al fine di verificare l'affidabilità, la provenienza e l'attendibilità del contenuto di dette conversazioni (Sez. V, n. 49016 del 19.6.2017 (dep. 25.10.2017), in *Cass. pen.*, 2018, 2084).

difensori in un diverso procedimento penale[12]. La giurisprudenza di Strasburgo considera inviolabile il rapporto tra difensore e assistito e con valutazione *ex ante* presume che la conversazione o comunicazione tra essi attenga all'esercizio del diritto di difesa, salvo prova contraria, mentre in Italia la Corte di cassazione consente l'intercettazione tra legale e suo assistito e valuta *ex post* il contenuto della comunicazione o conversazione. Ma in questo modo è evidente la lesione sistematica del rapporto fiduciario tra difensore ed assistito. In Italia, sebbene l'art. 15 Cost. imponga la riserva di legge (oltre quella di giurisdizione) e l'art. 103, comma 5, c.p.p. preveda un incondizionato divieto di intercettare le conversazioni o comunicazioni dei difensori, la giurisprudenza consente addirittura sempre l'intercettazione della comunicazione tra difensore e assistito per accertarne caso per caso e solo *a posteriori* il contenuto e, soltanto se ne riconosce la natura difensiva, la registrazione non è acquisibile. Perciò, la Corte di cassazione afferma costantemente la necessità di un controllo caso per caso e in concreto sul contenuto della conversazione[13]. È pacifico che tali divieti probatori e di utilizzazione sono posti a garanzia della necessaria riservatezza dell'attività difensiva e quindi le comunicazioni e conversazioni tra assistito e difensore, riconoscibili dal numero di utenza del legale o da altri elementi, devono presumersi di natura difensiva, salvo prova contraria *aliunde* emergente, e pertanto non sono ammesse e, se erroneamente iniziate, devono essere immediatamente interrotte. Si dovrebbe perciò riflettere sui limiti che all'attività di indagine devono essere non solo posti legislativamente, ma anche rispettati nella prassi, per tutelare davvero la funzione difensiva. Si afferma invece nella giurisprudenza che il divieto di utilizzazione stabilito dall'art. 271, comma 2, c.p.p. non sussiste quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate non siano pertinenti all'attività professionale svolta dalle persone indicate nell'art. 200, comma 1, c.p.p. e non riguardino di conseguenza fatti conosciuti per ragione della professione dalle stesse esercitata, oppure quando lo stesso difensore è sottoposto alle indagini[14]. La giurisprudenza più garantista riconosce che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni con il proprio difensore sussiste quand'anche l'indagato non abbia ancora comunicato all'autorità procedente la nomina del difensore ai sensi dell'art. 96 c.p.p., in quanto ciò che rileva ai fini della garanzia di cui all'art. 103 c.p.p. è la natura del colloquio e non la formalizzazio-

[12] Corte e.d.u, Sez. V, 17.12.2020, Saber *v*. Norvegia.

[13] Sez. VI, 10.10.2005, Assinnata, in *Cass. pen.*, 2006, 3280.

[14] Sez. V, n. 35269 del 21.8.2013, D.B.; Sez. VI, n. 18638 del 17.3.2015, in *Cass. pen.*, 2015, 4169; Sez. II, n. 26323 del 29.5.2014, P.M. in proc. C.L., *CED* 259585; Sez. VI, 18.1.2008, P.F., *CED* 238441; Sez. III, 25.10.2017 (dep. 26.3.2018), Gallotti, n. 14007, in *Guida dir.*, 2018, n. 22, 74; Sez. III, n. 33049 del 17.5.2016, B., in *Guida dir.*, 2016, n. 41, 76; Sez. VI, 16.10.2018, Cacciola e altri, in *Guida dir.*, 2019, n. 18, 74; Sez. V, 5.3.2013, P.M. in proc. Iamonte, in *Giust. pen.*, 2013, III, 623; Sez. V, n. 42854 del 25.9.2014, *CED* 261081; Sez. IV, 22.9.2010, Alija e altri, in *Guida dir.*, 2011, n. 21, 58; Sez. II, n. 43410 del 6.10.2015, in *Cass. pen.*, 2016, 2155.

ne del ruolo del difensore[15]. Trattandosi di prova inammissibile, la notizia appresa mediante l'intercettazione vietata non può essere acquisita altrimenti: perciò, ad esempio, sarebbe inutilizzabile la testimonianza del terzo, il quale abbia assistito al dialogo tra imputato e difensore. Per i soggetti tutelati dal segreto professionale l'art. 271, comma 2, c.p.p. si limita ad imporre il divieto di utilizzazione dei risultati dell'intercettazione, ma non proibisce che la notizia segreta possa essere appresa, ad esempio, per mezzo della testimonianza del terzo, al quale l'autore della confidenza abbia raccontato gli stessi fatti riferiti al professionista tenuto al segreto.

Si verte, quindi, in materia di sequestro quando manca la contemporaneità tra comunicazione e captazione. Il sequestro della posta elettronica (cd. *e-mail*) presso il fornitore di servizi o dalla memoria del dispositivo avviene non in tempo reale rispetto all'invio e ricezione della comunicazione, ma successivamente ed è atto a sorpresa ma scoperto e garantito. Quando invece la captazione avviene contemporaneamente alla trasmissione del messaggio deve operare la disciplina delle intercettazioni. Pertanto, deve provvedersi al sequestro solo in relazione alla corrispondenza telematica che sia stata immessa nei sistemi di comunicazione e sia custodita presso il fornitore di servizi, definito *service provider*, mentre l'art. 266-*bis* c.p.p. trova applicazione laddove si capti il flusso delle comunicazioni telematiche in partenza o in arrivo su un certo *account*. Il sequestro, a differenza dell'intercettazione, è assistito dal diritto di difesa *ex* artt. 365 e 366 c.p.p. e quindi con diritto di assistere, senza preavviso, al compimento dell'atto e all'esame del relativo verbale.

Si è, pertanto, affermato che i messaggi di posta elettronica non inviati dall'utente, ma salvati nella cartella "bozze" del proprio *account* o in apposito spazio virtuale (come *Dropbox* o *Google Drive*), accessibili solo digitando nome utente e *password*, costituiscono dei documenti informatici, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., che possono essere sequestrati nel luogo ove avviene l'accesso da parte dell'utente attraverso l'inserimento della *password*, indipendentemente dalla localizzazione all'estero del *provider*, dovendosi escludere che si tratti di corrispondenza, soggetta alla disciplina di cui all'art. 254 c.p.p., o di dati informatici detenuti dal *provider*, sequestrabili nell'ambito della procedura prevista dall'art. 254-*bis* c.p.p.[16].

In giurisprudenza si afferma che i dati informatici scambiati attraverso la comunicazione (quali *e-mail*, *sms* e messaggi *WhatsApp*), contenuti in uno strumento elettronico (*computer* o telefono cellulare) e archiviati su apposita memoria, hanno natura documentale ai sensi dell'art. 234, sicché la loro acquisizione non costituisce attività di intercettazione disciplinata dagli artt.

[15] Sez. V, 18.2.2003, Ricciotti, in *Giust. pen.*, 2004, III, 43.

[16] Sez. IV, n. 40903/2016 del 28/6/2016, Grassi e altri, che precisa che la detenzione dei *files* all'interno di un singolo *account* protetto da *password* – come all'interno del proprio spazio *Cloud* – è dell'utente che dispone di quella *password*, come la vettura è nella detenzione di chi ne ha la chiave, non del proprietario del parcheggio che gli ha concesso l'area).

266 ss. c.p.p. e, in particolare, dall'art. 266-*bis* c.p.p., atteso che quest'ultimo esige la captazione di un flusso di comunicazioni in atto ed è, pertanto, attività diversa dall'acquisizione *ex post* del dato conservato in memoria che documenta flussi già avvenuti. Tali dati, pertanto possono essere acquisiti attraverso lo strumento del sequestro, senza peraltro dover adottare la disciplina stabilita per la "corrispondenza" (art. 254 c.p.p.) perché detti messaggi non rientrano nel concetto di "corrispondenza", la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito.

Secondo l'orientamento dominante la Corte di cassazione riconosce, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., natura documentale ai messaggi e alle *chat Whatsapp* prodotte nel contesto di un processo penale, anche attraverso semplice *screenshot*. E ciò in quanto la captazione di messaggi e *chat* rappresenta una forma di documentazione di una conversazione *ex post* e non in corso e quindi sfugge alla disciplina delle intercettazioni o delle semplici registrazioni e ha valore di prova documentale[17].

In particolare, possono essere acquisite per mezzo di un sequestro di dati informatici le *e-mail* conservate dal mittente nella cartella "bozze" (e perciò non inviate al destinatario, il quale, però, avendo la *password* dell'*account* vi accedeva)[18].

Si precisa che il decreto di sequestro (così come il decreto di convalida di sequestro) probatorio, anche ove abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti[19].

Particolare è l'acquisizione dei dati informatici, per la quale l'art. 254-*bis* c.p.p. (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) disciplina il sequestro presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, stabilendo che l'autorità giudiziaria, 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

[17] Sez. V, 10.3.2021 (dep. 6.5.2021), n. 17552).

[18] Sez. IV, n. 40903 del 28.6.2016 (dep. 30.9.2016), Grassi e altri.

[19] Sez. Un., 19.4.2018 (dep. 27.7.2018), P.M. in proc. Bicchiri e altri, n. 36072, Rv. 273548). Si afferma che l'estrazione di copia integrale dei dati, contenuti in dispositivi informatici o telematici sottoposti a sequestro probatorio, realizza solo una copia-mezzo, che consente la restituzione del dispositivo, ma non legittima il trattenimento della totalità delle informazioni apprese oltre il tempo necessario a selezionare quelle pertinenti al reato per cui si procede (in motivazione la Corte ha precisato che il p.m. è tenuto a predisporre un'adeguata organizzazione per compiere tale selezione nel tempo più breve possibile, soprattutto nel caso in cui i dati siano sequestrati a persone estranee al reato, e provvedere all'esito, alla restituzione della copia-integrale agli aventi diritto) (Sez. VI, n. 34265 del 22. 9. 2020 (dep. 2.12.2020), A. e altri, in *Cass. pen.*, 2021, 1001). Nello stesso senso, sez. VI, n. 33045 del 25.1.2018, Mazza; Sez. VI, n. 56733 del 12.9.2018, Macis, Rv. 274781; Sez. VI, n. 13156 del 4.3. 2020, Scagliarini).

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 immodificabilità. 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. In giurisprudenza è pacifico che costituisce sequestro probatorio l'acquisizione, mediante estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo, dei dati contenuti in un archivio informatico visionato nel corso di una perquisizione legittimamente eseguita ai sensi dell'art. 247 c.p.p., quando il trattenimento della copia determina la sottrazione all'interessato della esclusiva disponibilità dell'informazione[20].

I dati informatici acquisiti da un *server* aziendale hanno natura di documenti, la cui attività acquisitiva non soggiace alla disciplina delle intercettazioni telefoniche, essendo invece legittima l'acquisizione mediante provvedimento di sequestro probatorio, il quale interviene per acquisire *ex post* i dati risultanti da precedenti e già avvenute comunicazioni telefoniche, così come conservati nella memoria fisica del computer e come tali cristallizzati e documentati da quei flussi[21].

Tuttavia, nella giurisprudenza si registra talvolta qualche sbandamento. Infatti, talvolta la Corte di cassazione individua l'elemento caratterizzante il "flusso informatico" tipico dell'intercettazione (a differenza del sequestro) nell'avvenuto inoltro della *e-mail* da parte del mittente e ravvisa perciò un'intercettazione quando la *e-mail* è inviata o ricevuta. Pertanto, indipendentemente dal sistema di intrusione utilizzato (quello dell'accesso diretto al p.c. ovvero occulto attraverso un programma-spia) quando si acquisiscono *e-*

[20] Sez. VI, n. 24617 del 10.6.2015, R., *CED* 264093 (in motivazione, la Corte ha osservato che le disposizioni introdotte dalla l. n. 48/2008 riconoscono al "dato informatico", in quanto tale, la caratteristica di oggetto del sequestro, di modo che la restituzione, previo trattenimento di copia, del supporto fisico di memorizzazione, non comporta il venir meno del sequestro quando permane, sul piano del diritto sostanziale, una perdita autonomamente valutabile per il titolare del dato); Sez. V, 23.5.2017, S., n. 25527, *CED* 269811; Sez. III, 21.9.2015, C., n. 38148, *CED* 265181. Va peraltro ricordato che le SU hanno affermato l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un *computer* o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati (Sez.un. 7.9.2017, Andreucci, n. 40963, *CED* 270497). Peraltro, 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 (Sez. II, n. 29061 del 1.7.2015, n. 29061, p.c. in proc. Artergiani e altro, in *Guida dir.*, 2015, n. 32, 91).

[21] Sez. VI, n. 28269 del 28.5.2019 (dep. 27.6.2019), P.M. in proc. P.

*mail* ormai spedite o ricevute, si pone in essere un'attività intercettativa. Si è perciò affermato che l'acquisizione di messaggi di posta elettronica, già ricevuti o spediti dall'indagato e conservati nelle rispettive caselle di posta in entrata e in uscita, costituisce attività di intercettazione, sottoposta alla disciplina di cui agli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p., indipendentemente dal sistema intrusivo adottato dagli inquirenti[22]. Ancora la giurisprudenza afferma, con specifico riferimento alle intercettazioni dei messaggi tra dispositivi *Blackberry*, che è legittima l'acquisizione di contenuti degli stessi mediante intercettazione operata ai sensi dell'art. 266 ss. c.p.p. poiché le *chat*, anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni[23] .

## 4. La mancanza di una disciplina legislativa sull'inoculazione del *malware*.

È noto che, a norma dell'art. 266, comma 2, c.p.p., il programma informatico noto come "*cavallo di Troia*", ma denominato eufemisticamente dal codice "captatore informatico", può essere installato su un dispositivo elettronico portatile (cd. "*target*", che può essere un computer, un *tablet* o uno *smartphone*, purchè mobili) con modalità non disciplinata dalla legge.

L'installazione del *malware* avviene perciò, secondo le diverse prassi seguite dalla polizia giudiziaria, di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo dell'invio di un'*e-mail*, un *s.m.s.* o di un'applicazione di un finto aggiornamento di un programma già installato. Ma la lacuna legislativa sulle modalità di installazione del *virus* rende tale mezzo di ricerca della prova contrastante con la "riserva di legge" posta dall'art. 15 Cost.

## 5. La violazione della libertà di autodeterminazione del controllando.

Ma la insidiosità del captatore informatico emerge prepotentemente su diversi fronti. Il *virus trojan* infatti non limita soltanto la segretezza, ma talvolta pure la libertà di autodeterminazione della persona da intercettare. Ormai di regola nella prassi si verifica che, quando il portatore del dispositivo elettronico portatile non dà l'*input* che consente l'accesso al *malware* (ad es. non accetta l'aggiornamento proposto come "cavallo di Troia), la polizia giudiziaria ricorre ad ulteriori e più insidiosi stratagemmi, non previsti dalla legge, quali, ad esempio, di bloccare le telefonate in uscita dal cellulare per costringere l'ignaro soggetto ad operazioni che comportano l'accesso del *virus trojan* nel dispositivo, come accaduto nel noto "caso Palamara". Si è perciò dubitato della legittimità dell'impiego del *trojan horse*, quale conseguenza della modalità "subdola" di acquisizione della prova attraverso l'in-

[22] Sez. IV, n. 46968 del 5.4. 2017 (dep.12.10.2017), Monteleone.
[23] Sez. III, n. 50452 del 10/11/2015, Guarnera e altri, Rv. 265615.

duzione del soggetto intercettato alla "autoinstallazione" del *virus*, con costi a carico del destinatario e in violazione del principio di autodeterminazione di cui all'art. 188 c.p.p.[24].

In realtà, il captatore viene inconsapevolmente auto-installato dal soggetto controllato, che viene indotto a farlo con artifici e raggiri: gli si fa credere che è un'operazione che serve a ripristinare o a migliorare la funzionalità del suo *device* quando, invece, si tratta di un modo subdolo per spingerlo a compiere un atto che altrimenti non avrebbe posto in essere e che, a sua insaputa, inocula il *virus trojan* nel suo dispositivo e quindi consente l'intercettazione. In questo caso, a nostro parere, il pubblico ministero viene meno al suo dovere di lealtà processuale e viola il principio di autodeterminazione garantito dall'art. 188 c.p.p. a chiunque, e *in primis* all'indagato. Come noto, tale disposizione vieta l'utilizzazione, neppure con il consenso della persona interessata, di "metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione", e il divieto non riguarda soltanto il contenuto della dichiarazione, ma anche qualsiasi costrizione, fisica o psichica, ad un *facere*. Ma non è ammissibile che lo Stato, al fine di reprimere le condotte illecite dei criminali, scenda al loro livello ingannando l'indagato per indurlo a consentire inconsapevolmente l'accesso al "cavallo di Troia". E siccome l'impiego di tali fraudolente manovre è diventato ormai la regola, il problema non può essere più ignorato. Ed in effetti, già la denominazione di "cavallo di Troia" dovrebbe far capire che si tratta di una manovra fraudolenta. Infatti, mentre per le tradizionali forme di intercettazione non è mai necessaria una collaborazione della persona da monitorare, per il *trojan*, salvo i rari casi in cui si riesca ad avere la disponibilità fisica dell'apparecchio per il tempo necessario all'installazione del *virus*, si deve sempre ricorrere ad una "trappola" per inoculare il *malware* sull'apparecchio portatile, senza alcun consenso da parte del titolare del dispositivo controllato ed anzi con la sua inconsapevole collaborazione fraudolentemente indotta. Di solito si invia al *device* da monitorare una *mail* o altro messaggio, apparentemente inoffensivo, aprendo il quale si scarica il *virus* senza averne alcuna consapevolezza. Inoltre, le modalità di questa "trappola" non sono indicate dalla legge, con conseguente limitazione talvolta anche della libertà domiciliare in plateale violazione della riserva di legge; di conseguenza, tali stratagemmi sfuggono alle prescrizioni ed al controllo sia del p.m. sia del g.i.p. e sono lasciate all'estemporanea e incontrollabile iniziativa della polizia giudiziaria. In fondo, "trappole" del genere sono sempre state praticate: si pensi all'espediente cui ricorre la polizia giudiziaria, per sistemare le microspie, di entrare a casa del sospettato, sotto le mentite spoglie di

[24] Sez V, n. 31604 del 30.9.2020 (dep. 11.11.2020), Palazzo, in *Cass. pen.*, 2021, 2133, ha escluso che il captatore informatico possa inquadrarsi tra i "metodi o le tecniche" idonei ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall'art. 188 c.p.p. Si afferma, infatti, che il *trojan horse* non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità.

un operaio del gas o della società elettrica o di accedere all'abitacolo della vettura con i doppioni delle chiavi.

Il captatore informatico, dopo la sua inoculazione, per essere attivato, richiede un impulso da parte dell'ignaro soggetto controllando, che viene fraudolentemente indotto ad un comportamento attivo (ad es., aprire una *e-mail* o un'applicazione apparentemente utile oppure resettare il dispositivo) che non avrebbe certamente compiuto se avesse saputo che serviva a sottoporlo a controllo. Tale comportamento attivo fraudolentemente richiesto al soggetto passivo del controllo pone un primo problema sulla legittimità di una prova ottenuta in modo sleale dallo Stato, prospettandogli una situazione diversa da quella reale. In altre parole, lo Stato pone in essere "artifizi e raggiri" per indurre in errore il cittadino e costringerlo ad un atto che procura agli inquirenti l'"ingiusto profitto" di poterlo controllare, con suo evidente danno. Tale metodologia investigativa, come detto non disciplinata dalla legge ma lasciata pericolosamente alla prassi poliziesca, pone fondati dubbi di conformità all'art. 188 c.p.p. che vieta l'utilizzazione, "neppure con il consenso della persona interessata", di "metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione". Non può infatti revocarsi in dubbio che il comportamento collaborativo chiesto al controllando sia ottenuto rappresentandogli una realtà difforme da quella reale (ad es. gli si prospetta l'aggiornamento di un programma mentre in realtà egli inconsapevolmente consente l'inoculazione del *malware*) e quindi incide sulla libertà di autodeterminazione del soggetto. È lecito perciò dubitare della legittimità dell'impiego del *trojan horse*, quale conseguenza della modalità "subdola" di acquisizione della prova attraverso l'induzione del soggetto intercettato alla "autoinstallazione" del *virus*, con costi a carico del destinatario[25] e in violazione del principio di autodeterminazione di cui all'art. 188 c.p.p.

È facile la conclusione per cui dal contrasto con tale imperioso divieto probatorio, deriva, *ex* art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità del summenzionato "cavallo di Troia".

Ma la giurisprudenza nega che l'impiego del captatore possa ledere la libertà di autodeterminazione del soggetto[26].

[25] Si è ritenuta legittima l'intercettazione a mezzo *trojan* anche se utilizza la batteria di proprietà privata dell'intercettato, effettuando un bilanciamento tra l'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, e il principio di inviolabilità delle comunicazioni (Sez. V, n. 10981 del 30.9.2020 (dep. 22.3.2021), Penza).

[26] Sez. V, n. 31604 del 30.9.2020 (dep. 11.11.2020), Palazzo, in *Cass. pen.*, 2021, 2133, ha escluso che il captatore informatico possa inquadrarsi tra i "metodi o le tecniche" idonei ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall'art. 188 c.p.p., osservando che il *trojan horse* non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità.

## 6. I dubbi sul *server* utilizzato.

Abbiamo già avuto occasione di osservare quali dubbi siano sorti anche sul funzionamento del *trojan*[27], nonostante sui "casi" e soprattutto sul "modo" in cui il "cavallo di Troia" intercetta le nostre comunicazioni esista nell'art. 15 Cost. una riserva assoluta di legge ma nessuna disposizione legislativa ne disciplina il funzionamento.

I dubbi sono tanto seri da provocare l'emissione di una circolare della Procura di Milano. La situazione attuale, infatti, mostra che sono poche le società proprietarie dei *trojan* noleggiati alle Procure del nostro Paese e la maggior parte di queste fornisce programmi che nemmeno conosce esattamente (con il rischio di inquinare la prova e di intercettare anche terzi estranei), dopo averli a propria volta noleggiati da altre società, spesso addirittura estere, che li hanno brevettati. È emerso dalle cronache giudiziarie sul "caso Palamara", che le intercettazioni disposte dalla Procura di Perugia, prima di finire nel *server* della stessa Procura, rimbalzavano su un *server* di transito collocato dalla società privata che gestiva il *malware* presso la Procura di Napoli, all'insaputa di tutti e persino della stessa Procura. Ma tale sistema non si è verificato soltanto nel caso Palamara, ma è prassi da sempre ormai generalizzata da molti fornitori di *trojan* alle Procure di tutta Italia.

Si tratta di un sistema, ancora sconosciuto persino alle Procure che se ne avvalgono, che lascia aperta una miriade di problemi che riguardano la segretezza delle nostre comunicazioni e la *privacy* di tutti. Pertanto, occorre conoscere come funzioni il meccanismo del "cavallo di Troia", visto che la maggior parte dei fornitori l'ha noleggiato a sua volta e non ne conosce nemmeno l'esatto funzionamento. Occorre sapere chi, come e dove mette mano ai dati acquisiti, visto che i *server* si trovano al di fuori della Procura che ha disposto le intercettazioni, talvolta addirittura all'estero, e quindi senza il necessario controllo del P.M. Infine è fondamentale accertare se in tutti questi anni possano essersi verificate manomissioni, anche involontarie, dei dati utilizzati come prova nei processi penali.

Di fronte a tante incognite, emerge una plateale violazione di legge, perché, com'è noto, l'art. 268, comma 3, c.p.p. impone che la registrazione avvenga mediante gli impianti installati presso la Procura della Repubblica, e quindi sotto il controllo del P.M. E tale violazione di legge comporta l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione, *ex* art. 271, comma 1, c.p.p. Ora la circolare della Procura di Milano per prima, ma non è difficile prevedere che sarà seguita da tutti gli uffici giudiziari, spinta dalla "necessità ed urgenza di ridefinire il tracciamento di accessi e interventi" sui *server* delle società private che forniscono alle Procure i *software* delle intercettazioni con captatore informatico, prescrive anzitutto alle società fornitrici che i "*server* di transito" (che sono necessari per non far capire al "bersaglio" che lo si sta intercet-

[27] Filippi, *Quel malaffare del trojan*, in *Penale, diritto e procedura*, 7.6.2021.

tando) debbono stare in Italia, dal momento che talvolta sono situati all'estero. Si prescrive altresì che le finte "*App*" per indurre inconsapevolmente il "bersaglio" al sollecitato comportamento che installa il *virus* sul suo cellulare, debbano essere visibili, sui negozi virtuali di applicazioni, solo al "bersaglio" e non anche a ignari utenti che altrimenti potrebbero restare vittime di quella App. Infine, di fronte alla prassi generalizzata del noleggio, la circolare avvisa che d'ora in poi la Procura di Milano accetterà "esclusivamente captatori di proprietà dei fornitori, non noleggiati da società terze" e di cui i fornitori "conoscano nel dettaglio il funzionamento".

Apprezzabile, certamente, anche se tardiva, l'iniziativa della Procura di Milano. Anche se resta l'amarezza per il fatto che, in tutti questi anni, i G.I.P., che dovrebbero essere i garanti della legittimità delle intercettazioni e tutti i giudici d'Italia, che in questi anni le hanno utilizzate, spesso come unica prova, non si sono mai nemmeno posto il problema.

## 7. L'inutilizzabilità del *trojan* per intercettare le comunicazioni telefoniche o telematiche, né a fini di ispezione, perquisizione e sequestro.

Ma non tutte le funzioni che il *malware* sarebbe in grado di svolgere sono ammesse dalla legge, perché l'art. 266, comma 2, c.p.p. limita l'impiego del captatore informatico all'intercettazione delle «comunicazioni tra presenti», che possono essere eseguite «anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile». L'invasività del *trojan*, installato sul dispositivo portatile, è infatti oltremodo potenziata, perché la sua capacità di captazione si spinge fino a seguire l'inconsapevole portatore del dispositivo portatile in ogni luogo in cui egli si rechi, coinvolgendo così qualunque altra persona, anche estranea alle indagini, ma che, per qualsiasi ragione, possa incontrare. Perciò l'art. 267, comma 1, c.p.p. disciplina specificamente i luoghi e il tempo in relazione ai quali «è consentita l'attivazione del microfono», confermando che l'unica attività consentita al *malware* è la registrazione sonora della comunicazione o conversazione tra presenti[28]. Lo stesso art. 266, comma 2, c.p.p. non ammette, invece, l'attività di *on line surveillance*, perché, come già ricordato, consente eccezionalmente l'utilizzo del captatore per intercettare le «comunicazioni tra presenti» e non le telecomunicazioni e quindi non è impiegabile per le comunicazioni telefoniche o telematiche (non a caso l'art. 266-*bis* c.p.p. non menziona il *trojan*).Tanto meno l'art. 266, comma 2, c.p.p. consente l'impiego del captatore per attività

[28] Altro problema è quello dei luoghi e dei tempi di accensione e spegnimento del microfono poiché il decreto autorizzativo li indica "anche indirettamente", per cui l'attivazione del microfono è di fatto lasciata all'insindacabile opinione della polizia giudiziaria, la quale quindi è libera di scegliere le conversazioni ed i soggetti da intercettare oppure da tenere fuori delle indagini, come è emerso, clamorosamente, nel "caso Palamara".

di *on line search*, che mirano ad ottenere documenti o dati già individuati, e che danno luogo alle perquisizioni informatiche o telematiche di cui all'art. 247, comma 1-*bis*, c.p.p.

## 8. Conclusioni.

A nostro parere, occorre tornare ai principi fondamentali in tema di inviolabilità della corrispondenza e delle comunicazioni, ricordandosi che questa costituisce la regola, mentre la limitazione di tale diritto rappresenta l'eccezione. Solo in questo modo si può interpretare correttamente la disciplina del "cavallo di Troia", limitandolo ai casi eccezionali e non facendone un ordinario strumento di indagine.

# L. N. 134 DEL 2021: DAL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE ALLA LEGGE ORDINARIA

**Antonella Marandola***

1. **Le differenti chiavi di lettura della riforma Cartabia**.

Una riforma come quella strutturata dalla l. n. 134 del 2021 ha sicuramente molte chiavi di lettura sia trasversali, riconducibili, cioè, a interventi strutturali operanti nelle varie fasi e nelle loro interazioni, sia quelle più strettamente connesse al ruolo dei soggetti e delle parti ed alla rimodulazione, anche significativa, dei vari istituti singoli o complessivi (riti speciali ed impugnazioni).

Non mancano neppure, pur nella parzialità dell'intervento, scelte più profonde, valoriali e di sistema, nelle quali le varie tessere del mosaico si inseriscono in un tentativo di dare anima e spessore alla vocazione culturale e politica della riforma.

Il dato non sempre emerge con chiarezza ove si consideri, soprattutto, che non può escludersi anche una certa, causale, convergenza dei diversi elementi, non necessariamente iscrivibili ad una volontaria scelta aprioristica.

Quale che ne sia stata la ragione, l'interprete non può sottrarsi alla prospettazione della presenza nei diversi criteri di delega di chiari riferimenti a alcune decisioni delle Sezioni Unite che hanno inciso profondamente – proprio perché espressione della funzione nomofilattica – sulla trama normativa e interpretativa del rito processuale.

Una loro lettura potrebbe suggerire qualche riflessione delle ragioni di questa scelta, trattandosi, come si vedrà, di decisioni di deciso rilievo e spesso anche controverse, nonché additate come espressione di quella che criticamente viene definita come "giurisprudenza creativa".

Non avendo questo elemento nessun preciso significato sarà possibile seguire l'ordine nel quale, nella sequenza delle direttive, il riferito dato emerge e si evidenzia.

A) **Definizione, iscrizione e controllo della notizia di reato, anche soggettiva.**

Seppur indirettamente, è riconducibile a quanto deciso dalle Sezioni Unite l'indicazione di cui all'art. 1, comma 9 lett. p) e g) della l. n. 134 del 2021 con riferimento alle questioni attinenti alla tempestività dell'iscrizione del reato nell'art. 335 c.p.p.

Sul punto, le Sezioni Unite affrontando la questione dei poteri del giudice in tema di verifica della tempestività da parte del pubblico ministero della iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. avevano affermato che l'eccessiva discrezionalità del p.m. in ordine alla tempistica della iscrizione sarebbe il frutto della negligenza del legislatore che non delinea chiaramente gli spazi di intervento del giu-

* Professore ordinario di Procedura Penale – Università degli studi del Sannio – Benevento.

dice in questo settore (così Sez. un. 24.9.2009, Lattanzi; v., successivamente, anche 21.6.2000, Tammaro).

Secondo il Supremo Collegio, infatti, occorrerebbe una espressa previsione normativa che disciplinasse non soltanto le attribuzioni processuali da conferire ad un determinato organo della giurisdizione sulla tempestività della iscrizione, ma anche il rito secondo il quale inscenare un simile accertamento incidentale (Sez. un. 23.4.2009, Fruci).

A tale riguardo, la citata direttiva prevede, così, che siano precisati i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni; nonché che il giudice, su richiesta motivata dell'interessato, accerti la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. della notizia di reato e del nome della persona alla quale lo stesso è attribuito e la retrodati nel caso di ingiustificato e inequivocabile ritardo; ancora, che sia fissato un termine, a pena di inammissibilità, per la proposizione della richiesta, a decorrere dalla data in cui l'interessato ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico; infine, che, a pena di inammissibilità dell'istanza, l'interessato che chiede la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato abbia l'onere di indicare le ragioni che sorreggono la richiesta.

B) **Verso la (auspicata) formulazione d'imputazione chiara e precisa**.

Particolarmente significativa nella prospettiva qui analizzata si presenta il comma n. 9, lett. n) dell'art. 1 cit. ove si prevede che in caso di violazione dell'art. 417, comma 1, lett. b), c.p.p. il giudice, sentite le parti, quando il p.m. non provvede alla riformulazione dell'imputazione, dichiari, anche d'ufficio, la nullità e restituisca gli atti; nonché, che, al fine di consentire che il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, nonché i relativi articoli di legge, siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, sentite le parti, ove il pubblico non provveda alle necessarie modifiche, restituisca anche d'ufficio gli atti al pubblico ministero.

La direttiva è riconducibile a quanto la Cassazione sul punto ebbe ad affermare con la pronuncia delle Sezioni Unite Battistella (20.12.2007).

In quell' occasione la Corte affermò che deve ritenersi abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio per indeterminatezza dell'imputazione con restituzione degli atti al pubblico ministero.

Secondo la Cassazione infatti è abnorme e pertanto ricorribile per cassazione il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al p.m. per la genericità o l'indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla (nella specie la S.C. ha altresì precisato che nella diversa ipotesi in cui il p.m., dopo essere stato ritualmente sollecitato all'integrazione dell'atto punitivo, rimanda inerte, il medesimo giudice è invece legittimato ad adottare un provvedimento restitutorio che determini la regressione del procedimento, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 521, comma 2 c.p.p., onde consentire il nuovo esercizio dell'azione penale in modo aderente alle effettive risultanze d'indagine.

Pur nella doverosa attesa della declinazione della direttiva nei decreti legislativi non possono non sottolinearsi le possibili implicazioni che, in materia, discendono dalla sentenza n. 16 del 2022 della Corte costituzionale con la quale, con riferimento

alla situazione del g.i.p. che, richiesto di un decreto penale di condanna aveva restituito gli atti al p.m. per la riformulazione della imputazione, ha dichiarato l'incompatibilità del decidente a pronunciarsi nuovamente sulla richiesta riformulata.

C) **L'ulteriore riforma del procedimento in assenza**.

Sono direttamente riconducibili al tema delle notificazioni e dell'assenza le lett. a), b), c) e d) del comma 7 dell'art. 1 della l. n. 134 del 2021 alcune decisioni del Collegio Riunito.

Con la sentenza delle Sezioni Unite Ismail (28.11.2019), il Supremo Collegio ha affermato che ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, dovendo il giudice in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa.

In linea con queste indicazioni, nel contesto peraltro di più stringenti regole in materia di notificazione, non disgiunti da oneri per il difensore e lo stesso indagato, dovranno essere ridefiniti i casi in cui l'imputato si deve ritenere presente o assente nel processo, prevedendo che il processo possa svolgersi in assenza dell'imputato solo quando esistono elementi idonei a dare certezza del fatto che egli è a conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una sua scelta volontaria e consapevole; nonché provvedere che a tal fine l'imputato sia tempestivamente citato per il processo a mani proprio o con altre modalità comunque idonee a garantire che lo stesso venga a conoscenza della data e del luogo del processo e del fatto che la decisione potrà essere presa anche in sua assenza: conseguentemente, proprio in linea con le riportate indicazioni delle Sezioni Unite prevedere che, quando non si abbia certezza dell'effettiva conoscenza della citazione a giudizio o della rinuncia dell'imputato a comparire, si possa comunque procedere in assenza dell'imputato quando il giudice, valutate le modalità di notificazione e ogni altra circostanza del caso concreto, ritenga provato che l'imputato ha conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una scelta volontaria e consapevole; nonché prevedere che, se all'udienza preliminare o, quando questa manca, alla prima udienza fissata per il giudizio, l'imputato è assente e non impedito a comparire, il giudice verifichi la sua rinuncia a comparire o, in mancanza, l'effettiva conoscenza dell'atto introduttivo oppure la sussistenza delle condizioni di cui alla lett. c) che legittimano la prosecuzione del procedimento in assenza dell'imputato.

D) **Il "ripensamento" della garanzia dell'immediatezza**.

Centrale nella prospettiva qui considerata si prospetta la questione della rinnovazione del dibattimento in conseguenza della sostituzione dei giudici del collegio nella situazione di cui all'art. 525, comma 2, c.p.p.

Com'è noto, sul punto si erano pronunciate le Sezioni unite Bajrami (30.05.2019), con le quali si era affermato che l'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 c.p.p. anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione

stessa. Secondo il Supremo Collegio, la facoltà per le parti di richiedere, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione degli esami testimoniali presuppone la necessaria previa indicazione, da parte delle stesse, dei soggetti da riesaminare nella lista ritualmente depositata di cui all'art. 468 c.p.p.

Comunque, in caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile.

Intervenendo sul punto l'A.C. 2435 prevedeva che la regola di cui all'art. 190 *bis*, comma 1, c.p.p. fosse estesa nei procedimenti di competenza del tribunale, anche nei casi nei quali, a seguito di mutamento della persona fisica di uno dei componenti del collegio, è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. e queste hanno già resto dichiarazioni nel dibattimento svolto dinanzi al collegio diversamente composto nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate.

In materia sul punto si era pronunciata più volte la Corte costituzionale (v., fra le altre, C. Cost. n. 17 del 1994 e ordinanze n. 205 del 2010, n. 318 del 2008, n. 67 del 2007, n. 418 del 2004, n. 73 del 2003, n. 59 del 2002, nn. 431 e 399 del 2001) nel senso della infondatezza, ma da ultimo (C. Cost. n. 132 del 2019), pur confermando questo orientamento, si era affermato che "resta aperta per il legislatore la possibilità di introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide (...) in presenza di meccanismi "compensativi" funzionali (...) come ad esempio le videoregistrazioni delle prove dichiarative quanto meno nei dibattimenti più articolati ...".

Recependo questa indicazione, con la direttiva prevista alla lett. a) del comma 8 dell'art. 1 già indicato si indica al legislatore delegato l'impegno a disporre che la registrazione audiovisiva quale forma ulteriore di documentazione dell'interrogatorio che non si svolga in udienza e della prova dichiarativa, salva la contingente indisponibilità degli strumenti necessari o degli ausiliari tecnici, mentre alla lett. b) si prevedono i casi in cui debba essere prevista almeno l'audioregistrazione dell'assunzione di informazioni dalle persone informate sui fatti, senza obbligo di trascrizione.

Conseguentemente, alla lett. d) del comma 10 dell'art. 1 indicato è previsto che, nell'ipotesi di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio, il giudice disponga, a richiesta di parte, la riassunzione della prova dichiarativa già assunta; stabilire che, quando la prova dichiarativa è stata verbalizzata tramite videoregistrazione, nel dibattimento svolto innanzi al giudice diverso o al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, il giudice disponga la riassunzione della prova solo quando lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze.

E) **L'accentuazione della specificità motivazionale dell'atto d'appello**.

È sicuramente riconducibile al presente schema anche il riferimento alle Sezioni Unite Galtelli (27.07.2016) da parte della lett. e) del comma 13 dell'art. 1 citato in cui si afferma che deve essere prevista "l'inammissibilità dell'appello per mancanza di specificità dei motivi quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato".

Com'è noto, superando il contrasto interpretativo che si era prospettato, l'appello, al parti del ricorso per cassazione, è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata, fermo restando che tale onere di specificità, a carico dell'impugnante, è direttamente proporzionale alla specificità con cui le predette ragioni sono state esposte nel provvedimento impugnato.

Anche in questo caso in attesa della declinazione della norma che, tuttavia, appare vincolata, non può non segnalarsi che la Commissione Lattanzi, dopo aver escluso la legittimazione ad appellare del p.m. aveva prospettato la possibilità che l'appello dell'imputato fosse esperibile secondo motivi predeterminati.

Venuta meno l'esclusione della legittimazione del p.m. è caduta, in quanto a questa correlata, la proposta volta alla strutturazione dell'appello quale mezzo a critica vincolata.

F) **La riscrittura della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di appello avverso la sentenza di proscioglimento**.

Anche il tema della rinnovazione nel giudizio d'appello trova preciso riscontro al comma 13 lett. l) dell'art. 1 menzionato, ove si prevede di modificare l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., prevedendo che, nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado.

In questo caso, la previsione è finalizzata, invero, a superare quanto deciso dalle Sez. un. Patalano 19.1.2017 (in precedenza Sez. un. Dasgupta 24.4.2016) con la quale si era affermato che l'obbligo di rinnovazione in appello sussiste anche nel caso in cui la sentenza di assoluzione giunga all'esito di giudizio abbreviato.

Si era trattato, invero, di una questione che aveva visto fortemente contrapposte le posizioni nel Supremo Collegio, ritenendosi da alcune sezioni che il rito abbreviato non condizionato non imponesse l'obbligo della rinnovazione protonica in caso di appello del p.m. contro la sentenza di assoluzione.

Va fatto notare che in questo caso non è prevista la possibilità per l'imputato di proporre appello incidentale, non essendo legittimato ad appellare in via principale.

Il limite opererà anche a seguito della direttiva in esame, con effetti ancora più discutibili.

G) **La (ri)definizione giuridica innanzi al giudice di legittimità.**

Il tema della modifica dell'imputazione è, invece, alla base dell'art. 1, comma n. 13, lett. m), ove si precisa che si dovrà prevedere che, ove la Corte di cassazione intenda dare al fatto una definizione giuridica diversa, instauri preventivamente il contraddittorio nelle forme previste per la celebrazione dell'udienza. A tale proposito lo stesso criterio di delega prevede che la trattazione dei ricorsi davanti alla Corte di cassazione avvenga con contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, salva, nei casi non contemplati dall'art. 611 c.p.p., la richiesta delle parti di discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata e aggiunge di prevedere che, negli stessi casi, la Corte di cassazione possa disporre, anche in assenza di una richie-

sta di parte, la trattazione con discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata.

La precisazione appare strettamente connessa alle vicende legate alla condanna dell'Italia da parte della Cedu, nella nota vicenda Drassich.

Ancorché non definita dalle Sezioni Unite, la modifica appare significativa: si tratta di ovviare ad un patologico comportamento del Supremo Collegio, che impose all'imputato l'avvio di una complessa azione a tutela del suo legittimo diritto, soprattutto in ragione del fatto che esso era stato leso in modo surrettizio, con ricadute anche in punto di *reformatio in peius*.

Secondo il Collegio, infatti, può farsi ricorso alla procedura straordinaria di cui all'art. 625 *bis* c.p.p. per dare esecuzione ad una sentenza della Corte eur. dir. uomo che ha rilevato una violazione del diritto di difesa occorsa nel giudizio di legittimità e che abbia reso iniqua la sentenza della corte di cassazione, indicando nella riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, la misura interna per porre rimedio all'accertata violazione contestata (nel caso di specie, la S.C., facendo ricorso all'art. 625 *bis* c.p.p. ha revocato una sua precedente sentenza, limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, ostativa alla declaratoria d'estinzione per prescrizione, operata *ex officio* in sede di legittimità, senza aver consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione).

H) **Nuovi rimedi per l'esecuzione delle pronunce della CEDU.**

Il comma 13, lett. o) dell'art. 1 cit. impone di introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo in caso di violazione delle regole del giusto processo.

Si supera in tal modo quanto deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011, che, anche per ovviare all'inerzia del legislatore, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede di introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio; attribuendo alla stessa Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari disciplinando l'eventuale procedimento successivo e coordinando il rimedio con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p.

Il riconoscimento alla funzione nomofilattica del Supremo Collegio nel contesto del dialogo fra le Corti, nel quadro del sistema multilivello dei diritti, costituisce il fondamento di una scelta che evita i percorsi più complessi della procedura di revisione, dando sistemicità ai rimedi di impugnazione straordinari, già evidenziatasi con la riforma della rescissione del giudicato (art. 629-*bis* c.p.p.).

# MA LE *MAIL* E I MESSAGGI *WHATSAPP* DEL SENATORE RENZI SONO CORRISPONDENZA O DOCUMENTI?

**Leonardo Filippi***

Il Senato ha sollevato un conflitto di attribuzioni con la Procura della Repubblica di Firenze, sostenendo che i magistrati fiorentini nell'inchiesta su Open per illecito finanziamento dei partiti avrebbero leso le attribuzioni del Senato, avendo sequestrato corrispondenza del senatore Renzi senza la previa autorizzazione del Senato stesso. Si tratta di stabilire se un P.M. possa ricercare e acquisire *mail* o messaggi trasmessi o ricevuti per telefono da un parlamentare, senza avere prima ottenuto l'autorizzazione della Camera di appartenenza. Com'è noto, l'art. 68 Cost. stabilisce, a tutela della funzione parlamentare, che "Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare [...]. Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza".

La questione si incentra sulla questione se tali *mail* e messaggi *Whatsapp* debbano essere considerati come "corrispondenza", per la quale l'art. 68 Cost. esige la preventiva autorizzazione del Senato, che in questo caso non è stata richiesta, oppure siano semplici documenti acquisibili dal pubblico ministero senza alcuna autorizzazione, com'è avvenuto nelle indagini su Open. Il problema trova soluzioni opposte a seconda che l'acquisizione sia contestuale alla comunicazione (in questo caso si tratta di intercettazione) oppure successiva (in tale ipotesi si sequestra un documento).

Tra l'altro, nella stessa inchiesta Open, la Corte di cassazione aveva ritenuto illegittimi altri sequestri e aveva annullato per ben cinque volte i sequestri subiti da un altro imputato, ordinando alla Procura di Firenze di restituire i p.c., i cellulari e gli altri supporti informatici sequestrati, vietando di trattenere copia dei dati e definendo i sequestri effettuati, non solo inutili, ma comportanti "un inutile sacrificio di diritti" perché si risolvono in "una non consentita funzione esplorativa", in altre parole una illegittima "pesca a strascico".

---

* Professore emerito di Procedura penale presso l'Università di Cagliari.

Il senatore Renzi aveva anche denunciato i magistrati fiorentini che lo stavano indagando, precisando che la sua non è una difesa "dal" processo, ma una difesa "nel" processo perché sarebbero i P.M. ad aver violato la legge sequestrando i suoi messaggi senza rispettare l'art. 68 Cost. Più in generale Renzi critica l'operato degli inquirenti, che lo accusano di illecito finanziamento del partito, ritenendo che la fondazione Open fosse un'articolazione del suo partito e quindi i bonifici pervenuti alla fondazione costituissero finanziamento illecito al partito. In realtà, i partiti sono associazioni, regolate dal codice civile, che hanno propri statuti e regolamenti, sul rispetto dei quali interviene il giudice, come ha fatto il tribunale di Napoli dichiarando illegittima la nomina di Giuseppe Conte quale presidente del Movimento 5 stelle. Ma è altrettanto vero, come ha ricordato Sabino Cassese sul *Corriere della sera* del 15 febbraio 2022, che il giudice deve rispettare le regole dei partiti e non può ritenere che una fondazione come Open sia articolazione del partito, senza che questo legame trovi un fondamento nello statuto di entrambi gli enti o in un rapporto di partecipazione o di controllo, perché il potere di stabilire che cosa sia un partito e che cosa no è un compito che, secondo la divisione dei poteri, spetta alla politica e al Parlamento.

Non sono mancate le frecciate del senatore Renzi alla stampa, lamentando che essa ha rinunciato al suo ruolo di guardiano della democrazia per abbracciare un populismo in cui "una velina della Procura vale più di una sentenza della Cassazione" e denunciando la "cannibalizzazione" della sua vita privata, violentata con la pubblicazione di una lettera scrittagli dal padre e priva di rilevanza processuale.

Sul conflitto deve ora decidere la Corte costituzionale, ma intanto il processo contro il senatore Renzi e gli altri imputati prosegue. La materia è indubbiamente incandescente e può comportare una profonda frattura tra magistratura e Parlamento, ma è ormai necessaria un'*actio finium regundorum* per delimitare i confini dei due poteri dello Stato ed evitare pericolosi sconfinamenti.

# NOTE "A PRIMA LETTURA" SUL D.LGS. N. 195/2021 RECANTE ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA UE 2018/1673 SULLA LOTTA AL RICICLAGGIO MEDIANTE IL DIRITTO PENALE

**Giuseppe Maria Palmieri***

**Sommario: 1.** Introduzione. – **2.** Descrizione degli interventi di riforma.– **3.** Alcune considerazioni critiche.

## 1. Introduzione.

Il d.lgs. n. 195/2021 è stato emanato per adeguare la disciplina italiana alla direttiva UE 2018/1673 di Parlamento europeo e Consiglio, sulla "lotta al riciclaggio mediante il diritto penale". Scaduto il 3 dicembre 2020 il termine stabilito per l'adeguamento, la necessità di provvedere si è resa ancora più stringente in presenza dell'avvio, nei confronti della Repubblica italiana, di una procedura di infrazione *ex* art. 258 T.F.U.E. (2021/0055) per mancato recepimento.

Il nostro ordinamento si era già conformato alla maggior parte delle indicazioni contenute nella direttiva (comprese quelle in tema di autoriciclaggio). Tuttavia, su alcuni aspetti non vi era convergenza tra disciplina interna ed europea, ed è su questi che vertono le principali novità: a) l'esclusione della necessaria richiesta del Ministro della giustizia *ex* art. 9 co. 4 c.p. per le fattispecie riciclative; b) l'ampliamento alle contravvenzioni e ai delitti colposi del novero dei "reati presupposto" delle fattispecie di riciclaggio, tra cui la direttiva inserisce anche la fattispecie che nel nostro ordinamento corrisponde alla ricettazione.

Vi è poi un ulteriore profilo degno di nota, ma che non è stato oggetto di alcuna modifica della nostra disciplina interna, e riguarda l'art. 4 della direttiva. In tale articolo, è prevista la necessità che gli Stati membri adottino "misure necessarie affinché (...) l'istigazione in relazione ai reati riciclativi sia punita come reato", ed, a tal riguardo, opportunamente, non viene introdotta nessuna nuova fattispecie incriminatrice, in osservanza dell'art. 115 c.p.

---

* Ricercatore di Diritto penale presso l'Università Federico II di Napoli.

## 2. Descrizione degli interventi di riforma.

Riguardo al primo punto – l'esclusione della necessaria richiesta del Ministro della giustizia *ex* art. 9 co. 4 c.p. per le fattispecie riciclative – la direttiva, all'art. 10, richiede che "ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie per stabilire la propria competenza giurisdizionale per i reati di cui agli artt. 3 e 4 (fattispecie riciclative) nel caso in cui il reato è commesso anche solo parzialmente nel suo territorio" – e su questo *nulla quaestio* per via della presenza dell'art. 6 c.p. – e nel caso in cui "l'autore del reato sia un suo cittadino".

Su tale ultimo aspetto la riforma interviene modificando l'art. 9 co. 4 c.p., disposizione introdotta, com'è noto, nel 2019 dalla cd. legge 'spazzacorrotti', la quale esclude la necessità della richiesta del Ministro della giustizia per il delitto comune del cittadino commesso all'estero, in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 320, 321 e 346-*bis* c.p.; la riforma in commento dispone l'estensione di tale esclusione anche ai reati di cui agli artt. 648 e 648-*ter*.1 c.p.; non vi è stato bisogno di fare menzione delle fattispecie di riciclaggio e impiego (648-*bis* e -*ter* c.p.), in quanto, dati i limiti edittali più elevati, queste già risultavano escluse dalla necessità della su indicata condizione di procedibilità.

b) Riguardo al secondo punto – ampliamento alle contravvenzioni e ai delitti colposi come "reati presupposto" delle fattispecie riciclative – la direttiva, agli artt. 2 e 3, definisce così le "attività criminose" che debbono considerarsi reati presupposto: «Qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella commissione di un qualsiasi reato punibile, conformemente al diritto nazionale, con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata massima superiore a un anno, ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, [...] qualsiasi reato punibile con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi».

La direttiva contiene inoltre un elenco casistico di tipologie di reati che, al di là dei regimi sanzionatori previsti, rientrano in ogni caso nella "attività criminosa presupposto delle fattispecie in esame" (v. *infra*, par. 3).

In verità, la questione non è del tutto nuova, soprattutto in relazione ai delitti colposi, in quanto già la decisione quadro del Consiglio europeo del 26 giugno 2001 (2001/500/GAI), all'art. 1 lett. b) aveva previsto, con riferimento all'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1990, l'inserimento, tra i reati presupposto, dei reati "gravi", «punibili con una pena privativa della libertà (...) di durata massima superiore ad un anno, ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico preveda una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi».

Dunque, la riforma comporta l'ampliamento delle fattispecie presupposto alle contravvenzioni, per i reati di ricettazione, riciclaggio, impiego e autoriciclaggio, e ai delitti colposi per i soli reati di riciclaggio e autoriciclaggio (essendo i delitti colposi già compresi tra le fattispecie presupposto di ricettazione e impiego).

In specie, dalla riforma deriva quanto segue.

Riguardo al reato di ricettazione, viene inserito un secondo comma in cui si sancisce che «la pena è della reclusione da 1 a 4 anni e della multa da 300 a 6000 euro»

(dunque la metà della fattispecie base) «quando il provento deriva da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi».

In conformità con l'art. 6 della direttiva, viene inoltre inserito un terzo comma che introduce l'aggravante dell'attività professionale: «La pena è aumentata se il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale».

L'attenuante per il fatto di lieve entità prevista dal previgente secondo comma dell'art. 648 c.p., che ora diviene il quarto comma, viene divisa in due ipotesi. Rispetto alla già esistente ipotesi in cui il provento derivi da delitto, viene modificata soltanto l'entità della multa (dal massimo di 516 euro previsto dalla precedente disciplina ad un massimo di 1000 euro), mentre resta invariata l'entità della reclusione (fino a sei anni); con riguardo alle ipotesi in cui il provento derivi da contravvenzione, viene introdotta una nuova ipotesi attenuante, per cui sono previste la reclusione fino a tre anni e la multa fino a 800 euro.

Al previgente terzo comma, che diviene il quinto, la parola "delitto" viene sostituita con quella "reato".

Riguardo al reato di riciclaggio *ex* art. 648-*bis* c.p., nel primo comma, mediante la soppressione delle parole "non colposo", si amplia anche ai delitti colposi la sfera dei reati presupposto della fattispecie.

Mediante la riforma in esame, inoltre, viene inserito un secondo comma, in cui, in maniera analoga a quanto descritto in relazione all'art. 648 c.p., viene prevista l'introduzione di una ipotesi attenuante, con pena diminuita della metà rispetto alla pena base – reclusione da due a sei anni e multa da 2500 a 12500 euro –, per le ipotesi in cui il reato presupposto sia una contravvenzione, sempre che sia punibile con l'arresto superiore nel minimo a sei mesi o nel massimo a un anno.

Anche nell'art. 648-*ter* c.p. viene introdotta una ipotesi attenuante relativa al provento derivante da contravvenzione, come per l'art. 648-*bis* c.p.

Pure all'art. 648-*ter*.1 c.p. vengono apportate modifiche dello stesso tenore di quelle all'art. 648-*bis* c.p., ossia, la soppressione delle parole "(delitto) non colposo", e la previsione della ipotesi attenuante, sempre con dimezzamento della pena base (da uno a quattro anni), relativa al provento derivante da contravvenzione come su descritta.

In questo caso, l'attenuante di cui alla precedente formulazione del secondo comma – che prevedeva la reclusione da uno a quattro anni e la multa da 2500 a 12500 euro in caso di provento derivante da "delitto non colposo" punibile con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni – diviene un'attenuante a effetto comune, secondo cui "la pena è diminuita se il provento deriva da delitto punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni".

Al terzo comma, il riferimento ai provvedimenti legislativi in materia di "metodo mafioso" viene sostituito con il rinvio al più recente art. 416-*bis*. 1 c.p.

## 3. Alcune considerazioni critiche.

*a) La conformità del d.lgs. n. 195/2021 alle indicazioni della direttiva*

La riforma legislativa in commento rappresenta un adeguamento della disciplina nazionale in conformità ai dettami della direttiva europea e, al di là delle problematiche già presenti nella disciplina oggetto delle modifiche, non sembra presentare particolari profili di problematicità. A tal riguardo, non sembrano sussistere specifici

motivi di censura, e dunque, può affermarsi che lo scopo contingente per cui si è realizzata la riforma possa considerarsi raggiunto.

Tuttavia, ciò non toglie che possano emergere motivi di riflessione non tanto in merito alle modalità di recepimento della direttiva, quanto, piuttosto, in merito alla sistematica della disciplina in cui le modifiche vanno ad inserirsi.

*b) L’esclusione della necessità della richiesta del Ministro della giustizia in merito al delitto comune del cittadino commesso all’estero per le fattispecie riciclative punibili con restrizione della libertà personale inferiore nel minimo a tre anni (art. 9 co. 4 c.p.).*

In relazione a questo punto, si osserva che disposizioni quali il quarto comma dell’art. 9 c.p., introdotto dalla l. n. 3/2019, possono rappresentare ipotesi di una legislazione emergenziale che, al fine di proporre una tutela rafforzata di determinati settori, rischia di determinare disparità di trattamento con altri ambiti di intervento penale, non necessariamente meno rilevanti; ed in tale direzione si inserisce la modifica relativa alla procedibilità delle fattispecie riciclative. Sembra che il settore della corruzione e le due fattispecie di ricettazione e autoriciclaggio debbano godere di una (irragionevole?) tutela penale privilegiata.

*c) L’inserimento della ricettazione tra le fattispecie riciclative*

Inoltre, dalla riforma, emerge una trattazione unitaria delle fattispecie di ricettazione e riciclaggio che, seppur in linea con quanto richiesto dall’art. 3 della direttiva, non soltanto non dovrebbe essere scontata, ma alimenta confusioni sulla portata delle due norme, e conferma i rischi connessi con la loro relativa sovrapponibilità, dal momento che le due fattispecie nascono in tempi diversi e con finalità politico-criminali differenti.

È noto che la descrizione della fattispecie oggettiva delle due disposizioni rischia di creare sovrapposizioni, e che un diffuso orientamento interpretativo è quello fondato sulla distinzione in base all’elemento soggettivo, secondo cui il “dolo di trarre profitto” caratterizza la ricettazione, ed il “dolo di ostacolazione della identificazione della provenienza criminale del provento”, il riciclaggio[1].

Tuttavia, riguardo alle formule utilizzate nelle due fattispecie in relazione al mascheramento della provenienza illecita del provento, si osserva che il termine “occul-

[1] Sulla distinzione tra ricettazione e riciclaggio, fondata sul differente coefficiente soggettivo, v., per tutti, Angelini, *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, II, Agg., 2005, 1401 ss., 1407; Zanchetti, *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino 1997, 201 ss., 204; per un’interpretazione del dolo di cui all’art. 648-*bis* c.p. quale dolo generico, per tutti in questa sede, Ferrajoli, *La normativa antiriciclaggio: repressione penale, adempimenti amministrativi degli intermediari finanziari, strumenti e tecniche di investigazione, profili internazionali*, Milano 1994, 13; Flick, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, 1 ss., 6; Longobardo, *Riciclaggio*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto penale. I reati contro il patrimonio*, a cura di Fiore, Torino 2010, pp. 823 ss., 855; Manes, *Il contrasto al riciclaggio tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, in *Crit. dir.*, 2008, 3-4, 261 ss., 274; sul piano applicativo, per tutte, v., Cass. pen., Sez. II, 10.01.2003, n. 18103, in *Cass. pen.*, 2004, 527; Cass. pen Sez. II, 19.11.2020, n. 4817, in *Guida dir.*, 2021, 12; sul rischio di una deriva verso il dolo eventuale, v., Volk, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, in Aa.Vv., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli 1999, 353 ss., 359; per una soluzione orientata a ritenere la formula «in modo da ostacolare» vincolante nel senso di richiedere un dolo specifico, v. Cass. pen., Sez. II, 10.01.1996, n. 1157, con nota di La Spina, in *Foro it.*, 1998, II, col. 116 ss., 119.

tamento", utilizzato nell'art. 648 c.p., descrive un grado più avanzato della condotta rispetto alla locuzione "in modo da ostacolare la identificazione", di cui all'art. 648 *bis* c.p., che rappresenta, piuttosto, una formula indeterminata e di tutela anticipata rispetto ad una legittima oggettività giuridica[2].

Rispetto all'offesa al bene giuridico, c'è da dire che è presente, ma marginale, l'amministrazione della giustizia, e che ben più rilevante è il dato secondo cui entrambe le fattispecie rappresentano, sia pur in maniera differente, un'ipotesi di perpetuazione di situazione antigiuridica in un'ottica di tutela del patrimonio, inteso nella sua concezione personalistica[3].

La ricettazione configura una ipotesi di ulteriore offesa al patrimonio della vittima del reato presupposto; il riciclaggio può configurare, anch'esso, un'aggressione al patrimonio della vittima del reato presupposto, qualora questo sia un reato contro il patrimonio, ma, soprattutto, determina un'aggressione ad una differente declinazione della oggettività giuridico-patrimoniale, intesa nel senso di potenzialità del singolo di esprimere la propria personalità in ambito economico; ed il riferimento è alla capacità di risparmio/investimento ed alla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore (art. 42 Cost.), mortificata da un "abuso di posizione dominante illecitamente acquisita", e realizzata mediante la immissione nel mercato di enormi flussi di denaro di derivazione criminale[4].

Dunque, una trattazione unitaria delle due fattispecie, come se fossero chiamate a rispondere alle medesime esigenze politico-criminali, desta qualche perplessità, ovvero dimostra la necessità di differenziarle in maniera più chiara.

Senza intervenire sull'art. 648 c.p., altra opzione potrebbe essere quella di una riforma dell'attuale assetto di disciplina codicistica del riciclaggio, mediante la sostituzione delle presenti fattispecie con una sola che incrimini "l'abuso di posizione dominante nel mercato illecitamente acquisita", e che presenti una forma di offesa in termini quantomeno di pericolo concreto verso l'oggettività giuridica su proposta.

*d) L'ampliamento delle fattispecie presupposto dei reati riciclativi alle contravvenzioni e ai delitti colposi*

Giungiamo al tema principale della riforma in esame, relativo alla introduzione delle contravvenzioni e dei delitti colposi tra i reati presupposto.

---

[2] In tal senso, con riferimento al tema specifico, v. Longobardo, *Il fenomeno del riciclaggio del denaro sporco tra valorizzazione di esigenze preventive ed ineffettività della repressione penale*, in Aa.Vv., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca - Visconti, Torino 2010, 228 ss.; Manes, *Il contrasto al riciclaggio tra repressione e prevenzione, alcuni nodi problematici*, cit., 270; Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1102 ss., 1136; Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano 1997, p. 365.

[3] Si veda, Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, 134 ss.; Id., *Considerazioni* de lege ferenda *sulla sistematica dei reati contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 423 ss.

[4] A tal riguardo, sia consentito il rinvio a Palmieri, *La tutela penale della libertà di iniziativa economica. Riciclaggio e impiego di capitali illeciti tra normativa vigente e prospettive di riforma*, Napoli 2013, 154 ss.

Innanzitutto, secondo autorevole dottrina[5] tale allargamento sarebbe del tutto fisiologico, considerata la natura delle fattispecie riciclative, in cui ciò che rileva è che il soggetto ostacoli la identificazione della provenienza criminale di un provento, o lo immetta nel circuito dei mercati, senza che rilevi se questo sia di derivazione delittuosa o contravvenzionale. Un altro argomento a sostegno di tale posizione si fonda sull’uso della formula “fuori dai casi di concorso nel reato” presente come *incipit* degli artt. 648, 648-*bis* e -*ter* c.p.[6].

A tal riguardo, oltre ad evidenziare la vetustà, se non la irragionevole sopravvivenza, di tale clausola a seguito della introduzione del reato di autoriciclaggio, essa non pare esprimere una volontà di configurare le contravvenzioni come reato presupposto, anche perché, altrimenti, il legislatore lo avrebbe fatto già in sede di redazione originaria delle fattispecie, ed invece, la previsione testuale esclusiva dei “delitti presupposto” non permetteva, stando al testo vigente fino alla riforma in esame, una tale estensione analogica *in malam partem*.

In relazione alla estensione dei reati presupposto, il primo argomento proposto appare più ragionevole del secondo. In effetti, ciò che rileva è che vi sia un provento di derivazione criminale, che risulti oggetto di riciclaggio e impiego.

Tuttavia, probabilmente, a rilevare in termini di attenuanti o aggravanti, non dovrebbe essere la natura delittuosa o contravvenzionale del reato presupposto, quanto piuttosto l’entità del valore economico del provento e l’intensità dell’offesa al bene giuridico che si intende tutelare.

In linea di massima, un provento dal valore più o meno significativo, potrebbe derivare tanto da un delitto quanto da una contravvenzione, ed è la sua entità ad incidere in maniera più o meno significativa sul bene di natura patrimoniale che va posto ad oggetto di tutela della disciplina.

Pertanto, probabilmente, al di là di quanto indicato dalla direttiva, si potrebbe proporre un sistema di attenuanti e aggravanti fondato sull’entità economica del provento e sulla conseguente offesa al bene giuridico di riferimento, piuttosto che sulla natura del reato presupposto.

Peraltro, va rilevato che alcune fattispecie contravvenzionali, in particolar modo idonee a produrre proventi potenzialmente riciclabili – si pensi, tra le altre, alle ipotesi di cui agli artt. 697 c.p. (detenzione abusiva di armi), 712 c.p. (incauto acquisto), 718 c.p. (esercizio di gioco d’azzardo) – restano escluse dal novero dei possibili reati presupposto per via del relativo, più lieve, regime sanzionatorio[7], laddove, invece, ne risultano incluse altre, da cui deriva un ampliamento, problematico perché eccessivo, dell’ambito di applicazione della disciplina in esame.

Si pensi, ad esempio, al caso del giovane collaboratore dell’officina meccanica che viene colto per strada in possesso di una borsa contenente gli attrezzi del mestiere,

---

[5] Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova 2021, 280, 292; Pecorella, *Ricettazione*, in *Nss. Dig. it.*, XV, Torino 1968, 936 ss.

[6] Sul tema, recente, v., Bellagamba, *In dirittura d’arrivo la riforma del riciclaggio: alcune proposte di modifica per andare oltre il mancato recepimento della direttiva europea*, in *Sist. pen.*, 11.10.2021, 1 ss., 3 ss.

[7] Sul tema, si veda, Pestelli, *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *Sist. pen.*, 12/2021, 49 ss., 53 ss.

da portare, su incarico del proprio titolare, sul luogo del pronto intervento stradale, in cambio di un esiguo ed 'informale' compenso, che non riesce a "giustificare" alle forze dell'ordine; alla spendita dell'informale, esigua ricompensa, potrebbe configurarsi un'ipotesi di riciclaggio, avente come reato presupposto la contravvenzione di cui all'art. 707 c.p.

Andando avanti, sempre in ordine all'art. 2 della direttiva, si registra la elencazione casistica dei settori riguardo ai quali qualsiasi reato, anche al di sotto dei limiti edittali su indicati, può rappresentare "attività criminosa presupposto di riciclaggio", e, oltre alla dovuta cautela che si impone a fronte di tali tecniche legislative, si evidenzia la presenza, tra le altre, delle ipotesi di lesioni e omicidio.

A tal riguardo, si osserva che da una lettura sistematica della disciplina, emerge che il reato presupposto dovrebbe essere necessariamente in grado di produrre utilità economicamente apprezzabili, di cui l'autore della fattispecie presupposto vorrà avvalersi, e mediante cui vorrà consolidare la propria posizione economica, e che l'autore della fattispecie riciclativa porrà ad oggetto della relativa attività (v. art. 1 lett. *e*) Convenzione di Strasburgo 1990, secondo cui si tratta di «qualsiasi reato in conseguenza del quale si formano proventi che possono diventare oggetto di uno dei reati (...) [riciclativi])».

Invero, non si riesce a immaginare come una ipotesi di lesioni colpose (ma anche dolose) possa risultare produttiva di utilità economicamente apprezzabili, tali da risultare oggetto di successive attività riciclative. Del resto, anche sotto il profilo soggettivo parrebbe singolare considerare quelle lesioni personali "delitti determinati da motivi di lucro" di cui all'art. 61 n. 7 c.p.

Si pensi al chirurgo che, a seguito di lesioni colpose cagionate al paziente, venga chiamato a rispondere di riciclaggio con riferimento all'impiego dell'onorario per l'intervento chirurgico, oppure, ancora, al datore di lavoro che, a seguito delle lesioni colpose cagionate ad un proprio dipendente, derivanti da omessa predisposizione delle misure di prevenzione degli infortuni, debba rispondere di riciclaggio con riferimento all'arricchimento che ne è derivato.

A tali considerazioni si aggiunga che, finora, la prassi applicativa delle fattispecie codicistiche in materia riguarda quasi esclusivamente una casistica relativa a sostituzioni, "camuffamenti", trasferimenti, soppressioni di autoveicoli e motocicli rubati[8]; a tale consolidato orientamento potrà aggiungersi la contestazione del reato di riciclaggio derivante da una criminalità, parimenti marginale, che allontana ancor più la disciplina del riciclaggio dalla sua originaria, fisiologica, legittima, finalità politico-criminale.

[8] Per tutte, nell'ambito di un indirizzo applicativo quasi esclusivo, si vedano, in tema di trasferimento di auto verso un paese extracomunitario, Cass. pen. Sez. II, 13.07.2020, n. 23774, in Ced Cass. pen, rv., 279586; Cass. pen. Sez. II, 01.10.2020, n. 4638, in *Dir. Giust.* 08.02.2021; Cass. pen. Sez. II, 30.05.2019, n. 37559, in *Ced Cass. pen.* 2019; in tema di sostituzione e alterazione dei dati identificativi del veicolo, quali targhe e telai, v., Cass. pen., Sez. II, 09.12.2020, n. 1750, in *Dir. Giust.* 18.01.2021; Cass. pen. Sez. II, 15.06.2021, n. 35439, in *Ced Cass. pen.*, 2021; Cass. pen. Sez. II, 11.01.2019, n. 8788, in *Cass. Pen.*, 2020, 2, 560; Cass. pen. Sez. II, 12.11.2020, n. 35031, in *Il Foro it.*, 2021; in tema di mera "compressione di carcasse di autovetture", v., Cass. pen. Sez. II, 19.11.2020, n. 4817, in *Guida dir.*, 2021, 12; per una "singolare" ipotesi di riciclaggio riferita alla sostituzione del microchip ad un cane smarrito, v., Cass. pen. Sez. II, 21.03.2022, n., 9533, in *Dir. Giust.* 22.03.2022.

Mentre le precedenti riforme[9] sono state caratterizzate, se non altro in apparenza, da uno spostamento dell’attenzione dal perseguimento della criminalità sottostante alla incriminazione del riciclaggio in sé – si pensi, infatti, che la prima formulazione dell’art. 648-*bis* c.p. era rubricata «sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione» ed era stata introdotta al fine di fronteggiare il dilagare della criminalità politica che era alla base del successivo fenomeno riciclativo – tale ultima riforma, invece, appare improntata proprio al processo inverso.

Il rischio è quello di perdere del tutto di vista la tutela della legittima oggettività giuridica del riciclaggio e di trasformare la relativa disciplina in uno strumento di ulteriore incriminazione, rivolto a qualsivoglia forma di attività criminosa sottostante.

In linea generale, la disciplina in cui si inseriscono le circoscritte novità legislative necessiterebbe di un intervento riformatore ben più ampio, osservante delle garanzie fondamentali affermate nel nostro ordinamento – su tutte, vanno ricordate in questa sede esigenze di proporzione/ragionevolezza, determinatezza, offensività –, ma il perseguimento di tale aspirazione diviene ancor più arduo in presenza di obblighi di adeguamento a indicazioni sovranazionali che, sovente, non tengono in considerazione tali esigenze[10].

[9] Il riferimento è agli interventi legislativi mediante cui è stato introdotto, e successivamente modificato, l’art. 648-*bis* c.p., dunque, l. n. 191/1978, in *Gazz. uff.* del 19.05.1978, n. 137; l. n. 55/1990, in *Gazz. uff.*, del 23.03.1990, n. 69; l. n. 328/1993, in *Gazz. uff.* del 28.08.1993, n. 202, suppl. ord. 80.

[10] Sul tema sia consentito il rinvio a Palmieri, *Il recepimento delle fonti sovranazionali in materia di riciclaggio.* Iter *di una disciplina ineffettiva*, in *Riv. dir. impr.*, 1/2018, 271 ss.

# PROFILI PROBLEMATICI DELLA "CAMPAGNA VACCINALE ANTI SARS-COV-2"

**Daniele Cenci***

**Sommario: 1.** Premessa. – **2.** Punti fermi in tema di consenso informato. – **3.** Manifestazione del consenso (debitamente informato) e modalità di documentazione dello stesso. In generale. – **4.** Campagna vaccinale anti SARS-CoV-2 e manifestazione/documentazione del consenso informato. – **5.** Consenso informato ed effetti avversi quali emergenti da fonti qualificate. – **6.** Introduzione di un vero e proprio obbligo vaccinale "*intuitu aetatis*". – **7.** Condizioni per l'applicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 3 del decreto-legge n. 44 del 2021 per il personale sanitario. – **8.** Vaccinazione anti SARS-CoV-2 e prescrizione medica. – **9.** Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il presente contributo si propone di valutare, in prospettiva strettamente giuridica, l'impatto della produzione normativa di urgenza in tema di vaccinazione anti sars-cov-2[1] su istituti e su principi consolidati.

I temi sui quali ci si soffermerà sono il consenso informato e le condizioni per l'applicabilità della speciale causa di esclusione della punibilità per il personale sanitario

* Consigliere della Corte di Cassazione.

[1] Si prenderanno in considerazione in questa sede tre fonti legislative: il decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, recante "*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*", convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76 (per comodità espositiva, introduzione di obbligo vaccinale per personale sanitario in senso ampio);il decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, recante "*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali*", convertito, con modificazioni, nella legge 21 gennaio 2022, n. 3 (in sintesi, estensione temporale dell'obbligo vaccinale per i sanitari ed introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale scolastico, delle forze armate, della polizia, del soccorso pubblico, per quello amministrativo o svolgente mansioni materiali incardinato presso strutture sanitarie, in servizio presso determinate comunità e per altre categorie);il decreto-legge 7 gennaio 2022 recante "*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore*", convertito, con modificazioni, nella legge 4 marzo 2022, n. 18 (in breve, estensione dell'obbligo vaccinale al personale universitario ed equiparato e a tutti i dipendenti, sia pubblici che privati, che compiano cinquanta anni di età tra l'8 gennaio 2022 ed il 15 giugno 2022, *i.e.* ultracinquantenni).

di cui all'art. 3 del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76 (che ha introdotto anche un articolo 3-*bis*, non presente nel decreto-legge, di cui si dirà).

## 2. Punti fermi in tema di consenso informato.

Appare appena il caso di premettere, in sintesi estrema, che l'accertamento giudiziale degli illeciti colposi in campo civile e in campo penale è disciplinato da regole, talvolta poste dal legislatore, talaltra di origine giurisprudenziale, differenti[2], anche quanto al tema del consenso informato.

Schematizzando al massimo, può dirsi che, mentre in ambito penale non necessariamente un difetto nell'acquisizione del consenso è foriero di conseguenze negative per il paziente sottoposto ad intervento con esito fausto[3], invece **in ambito civile** si ritiene che «***In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.***»[4] e che «*In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica****, l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione diversa rispetto a***

[2] I limiti del presente contributo non consentono di affrontare il complesso tema, comprensivo – anche, ma non solo – delle regole di giudizio applicabili nelle aree civile e penale: si rimanda dunque alle più recenti pronunzie della Corte di cassazione sia civile (Sez. 3 civ., n. 15859 del 12/06/2019, D. *vs.* F., Rv. 654290-01; Sez. 3 civ., n. 25917 del 15/10/2019, C. *vs.* D., Rv. 655376-02; Sez. 3 civ., n. 517 del 15/01/2020, D. *vs.* B., Rv. 656811-03; Sez. 3 civ., n. 28011 del 14/10/2021, A. *vs.* Z., Rv. 662576-01) sia penale (Sez. Unite pen., n. 22065 del 28/01/2021, ric. Cremonini, Rv. 281228-01).

[3] Le Sezioni Unite penali hanno puntualizzato nella nota sentenza n. 2437 del 18/12/2008, dep. 2009, ric. Giulini e altro, Rv. 241752-01, che «*Non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle "*leges artis*", si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso*». Si tratta di decisione di fondamentale importanza pubblicata – anche – in *Cass. pen.*, 2009, n. 571.1, 1793, con nota di Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2009, II, 305, con nota di Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario*; in *Dir. pen. e proc.*, 2009, n. 4, 447, con nota di Pelissero, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, n. 5, sez. 2, 1042, con nota di Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*.

[4] Così Cass., Sez. 3 civ., n. 28985 del 11/11/2019, I *vs.* D., Rv. 656134-01. Nello stesso senso, v., tra le numerose altre, Cass., Sez. 3 civ., n. 10423 del 15/04/2019, C. *vs.* A, Rv. 653580-01, edita – anche – in *Danno e responsabilità*, 2019, fasc. n. 9, 791, con nota di Petruzzi, *La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica quale fonte autonoma di responsabilità*; e Cass., Sez. 3 civ., n. 16543 del 28/07/2011, Marchesani ed altro *vs.* Assitalia Spa ed altri, Rv. 619495-01, pubblicata – anche – in *Danno e responsabilità*, 2012, fasc. n. 6, 627, con nota di Montani, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*.

***quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, con la conseguenza che l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione****, anche in ragione della diversità dei diritti – rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica – pregiudicati nelle due differenti ipotesi*»[5].

Le pronunzie della Corte di cassazione civile citate e le numerose altre che – pacificamente – affermano che «*In tema di responsabilità sanitaria,* ***l'omessa acquisizione del consenso informato preventivo al trattamento sanitario*** *– fuori dai casi in cui lo stesso debba essere praticato in via d'urgenza e il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà –* ***determina la lesione in sé della libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto*** *dagli artt. 32 e 13 Cost., quest'ultimo ricomprendente la libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute,* ***e dà luogo ad un danno non patrimoniale autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.***»[6] fanno capo alla importante decisione delle Sezioni Unite civili n. 26972 del 11/11/2008, A. *vs.* S. ed altro, Rv. 605491-01[7].

[5] Così Cass., Sez. 3 civ., ord. n. 16892 del 25/06/2019, S. *vs.* S., Rv. 654400-01; in precedenza, negli stessi termini, Cass., Sez. 3 civ., n. 2854 del 13/02/2015, Onofrillo *vs.* Istituto Clinico Anna (già casa di Cura Anna) Spa ed altri, Rv. 634415-01.

[6] Così Cass., Sez. 3 civ., n. 17022 del 28/06/2018, P. *vs.* A., Rv. 649442-01.

[7] Si tratta della notissima pronunzia a Sezioni Unite c.d. "di San Martino" 2008, sulla quale i necessari limiti del presente contributo non consentono di soffermarsi. Sempre nel giorno di San Martino, undici anni dopo (l'11 novembre 2019), la specializzata Sez. 3 civile della S.C. ha depositato dieci sentenze, il cui contenuto è stato subito definito dalla dottrina un "decalogo" in tema di responsabilità sanitaria, puntualizzando, per quanto in questa sede rileva: che «*In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.; pertanto, la circostanza che esso abbia trovato espressa previsione nelle fonti eurounitarie ed internazionali (art. 3, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 5 Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina) solo successivamente al trattamento terapeutico praticato (nella specie, risalente al 1989) non può essere invocata per sostenere l'inesistenza, in epoca antecedente, dello specifico obbligo del medico di informare correttamente il paziente della tipologia e modalità delle cure, dei benefici conseguibili, dei possibili effetti indesiderati e del rischio di complicanze anche peggiorative dello stato di salute*» (Sez. 3, n. 28985 del 11/11/2019, I. *vs.* D., Rv. 656134-01); che «*In tema di attività medico-chirurgica, sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico (comportando la violazione dei distinti diritti alla libertà di autodeterminazione e alla salute), in ragione dell'unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente – che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto – non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno; è possibile, invece, che anche l'inadempimento dell'obbligazione relativa alla corretta informazione sui rischi e benefici della terapia si inserisca tra i fattori "concorrenti" della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo quindi riconoscersi all'omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva,*

## 3. Manifestazione del consenso (debitamente informato) e modalità di documentazione dello stesso. In generale.

Se, da un lato, nessuna norma impone che il consenso informato venga espresso per iscritto (ed è intuitivo che un simile adempimento sarebbe impossibile ove il paziente non sappia leggere o non comprenda la lingua o sia ipovedente ovvero non in grado di scrivere, per mutilazione, malattia o qualsiasi causa), dall'altro, è chiaro che la forma più diffusa di documentazione è indubbiamente quella scritta, tanto che l'art. 1, comma 4, prima parte, della legge 22 dicembre 2017, n. 219, contenente "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*" dispone (non già – si noti – che il consenso informato debba essere manifestato per iscritto, ma) che «*Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare*»; la norma poi prosegue: «*Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico*» (art. 1, comma 4, seconda parte, della legge n. 219 del 2017).

Una cosa, dunque, è la manifestazione del consenso, che può avvenire in varie forme, in base alle concrete circostanze; altra, diversa dalla prima, è la documen-

*potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali, entrambi suscettibili di risarcimento qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose*» (Sez. 3, n. 28985 del 11/11/2019, I. *vs.* D., Rv. 656134-02); e che «*In tema di attività medico chirurgica, la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del* deficit *informativo, il paziente abbia subìto un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. Pertanto, nell'ipotesi di omissione od inadeguatezza diagnostica che non abbia cagionato danno alla salute ma che abbia impedito l'accesso ad altri più accurati accertamenti, la lesione del diritto all'autodeterminazione sarà risarcibile ove siano derivate conseguenze dannose di natura non patrimoniale, quali sofferenze soggettive e limitazione della libertà di disporre di se stessi, salva la possibilità della prova contraria*» (Sez. 3, n. 28985 del 11/11/2019, I. *vs.* D., Rv. 656134-04). V., tra i numerosi commenti al riguardo: Cacace, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*, in *Danno e responsabilità*, 2020, n. 1, 11; Gagliardi, *Un decalogo anche su consenso informato (complicanze) e danni risarcibili*, in *La nuova giurispr. civ. comm.*, 2020, n. 2, 267; Locatelli, *Plurioffensività dell'omissione informativa nel rapporto tra medico e paziente*, in *Resp. civ. e previd.*, 2020, n. 2, sez. 2, 478; Rodolfi, *L'informazione giusta: diritto fondamentale di chi è ammalato*, in *Guida al diritto. Il sole 24ore settimanale*, 2020, n. 1, 20; Facci, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Il corriere giur.*, 2020, n. 3, 348; Iannone, *La nuova responsabilità sanitaria: riflessioni a posteriori sulle sentenze di San Martino 2019*, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, ins. il 20 marzo 2020; Foglia - Azzalini - Cerea - Ziviz - Rossi - Corso - Pucella, *Le dieci sentenze di San Martino. Primi Commenti*, in *www.rivistaresponsabilitamedica.it*, ins. 12 dicembre 2019; Simone, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario (Nota a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991)*, in *Foro it.*, 2020, I, 218.

tazione dell'avvenuta espressione di consenso, da garantirsi privilegiando la forma scritta o mediante registrazione, in ogni caso surrogabile mediante elementi di tipo indiziario[8].

Ebbene, la corretta interpretazione da offrirsi alle richiamate disposizioni non legittima in alcun modo il – purtroppo non raro nella prassi – ricorso a moduli scaricati dalla rete *internet* dal contenuto generico, non dettagliato e non "tarato" sulla specifica situazione del paziente.

Netto, infatti, è l'*alt* che sul punto è stato intimato, a più riprese, dalla giurisprudenza civile della Corte di cassazione:

«*In tema di attività medico-chirurgica,* ***il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione*** *dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative,* ***non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione****, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone (Nella specie, la S.C. ha ritenuto non adeguata l'informazione fornita ad una paziente dapprima mediante consegna di un modulo prestampato dal contenuto generico in occasione del primo intervento chirurgico e poi, senza indicazione degli esatti termini della patologia determinatasi a causa di questo, delle concrete prospettive di superamento della medesima attraverso una serie di interventi successivi)*»[9].

Si tratta di puntualizzazioni che si ricollegano alle decisioni che già in passato hanno ritenuto necessaria un'informazione competa ed effettiva e che hanno escluso che il rilascio del consenso informato possa presumersi, e ciò persino nel

[8] Cfr. al riguardo la parte motiva della sentenza di Cass., Sez. 3 civ., n. 20984 del 27/11/2012, Sessa *vs.* Reg. Piemonte Gestione Liquidatoria, Rv. 624388-01 (di cui si dirà *amplius* nella nota n. 10), nella parte in cui (alla p. 14) parla di prova della avvenuta manifestazione del consenso che può essere fornita, in alternativa ad un documento scritto, ad esempio andato smarrito, mediante elementi indiziari o testimonianze.

[9] Così Cass., Sez. 3 civ., n. 23328 del 19/02/2019, L. *vs.* C., Rv. 655489-01. In termini identici v. già Cass., Sez. 3 civ., n. 2177 del 04/02/2016, Runfola *vs.* Colosi ed altri, Rv. 639069, pubblicata – anche – in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 3, 1287 ss. con nota di Riccetti, *Consenso informato: quale ruolo gioca il livello culturale del paziente e l'aver già subito un intervento analogo?*

caso in cui il paziente abbia proprie cognizioni qualificate in materia per ragioni professionali, ad esempio sia un paziente-medico[10] o un paziente-avvocato[11].

[10] Nel caso affrontato da Cass., Sez. 3 civ., n. 20984 del 27/11/2012, Sessa *vs.* reg Piemonte Gestione Liquidatoria, cit., la Corte di legittimità ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di appello di Torino che, in riforma integrale di quella del Tribunale, aveva rigettato la richiesta di risarcimento danni avanzata da un medico radiologo nei confronti della struttura sanitaria ove prestava attività lavorativa, lamentando di non essere stato reso edotto dei rischi della terapia allo stesso somministrata e perciò di non essere stato messo nelle condizioni di prestare il consenso informato e chiedendo la condanna al risarcimento dei danni per lesioni ossee da patologia articolare femorale e per i gravi postumi delle stesse, subiti quale diretta conseguenza della terapia cortisonica somministratagli per la cura di un'encefalite post-vaccinica e post-influenzale. Nella motivazione si legge quanto segue (14-19): «*In sostanza, l'argomento principale della sentenza può essere stilizzato come segue: il paziente era un medico, quindi aveva le cognizioni scientifiche necessarie per rendersi conto del trattamento cui veniva sottoposto; faceva parte della stessa struttura ospedaliera e quindi aveva un contatto frequente con i medici curanti; ora, se docilmente si è sottoposto alla cura, questo vuoi dire che era d'accordo; cioè si è sottoposto alla cura, questo vuoi dire che era d'accordo; cioè si è sottoposto volontariamente alla terapia nella consapevolezza (derivante dalle sue cognizioni mediche) dei rischi della stessa. L'argomento è all'evidenza irrilevante perché – anche se fondato – ci porterebbe direttamente al consenso presunto. Infatti, l'argomento non dimostra che effettivamente vi fu una richiesta di consenso e una prestazione di consenso. L'argomento dimostra soltanto che i medici hanno, in buona fede, presunto che il paziente fosse d'accordo. Ma la legge richiede ben altri e più rigorosi requisiti. In questa prospettiva si appalesano irrilevanti ulteriori argomenti. In particolare, è privo di consistenza il riferimento all'art. 29 del codice di deontologia medica (art. 29) che prevede che il consenso – e la relativa corretta informazione – debba essere riferito "al livello di cultura ed alle capacità di discernimento del soggetto", poiché al medico, in questo caso, non si contesta la violazione del codice deontologico, quanto l'avere "operato" in assenza di un consenso informato. Può, quindi, sostenersi che, pur non essendovi violazione del codice deontologico, sussiste, invece responsabilità medica; e ciò proprio perché i due ordinamenti agiscono su piani diversi: l'uno disciplinare, l'altro civilistico. A questo punto, ci si deve domandare se questo assetto di regole e di condotte muti in considerazione della qualità del paziente che deve fornire il consenso; ciò che vorrebbe dire che i principii si atteggiano diversamente, pervenendo perfino ad escludere rilevanza causale alla mancanza di consenso informato in caso di paziente "medico". La risposta è negativa. La finalità dell'informazione che il medico è tenuto a dare è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente, il quale sarà libero di accettare o rifiutare la prestazione medica (v. anche Cass. 9.2.2010, n. 2847). È, quindi, evidente l'irrilevanza della qualità del paziente al fine di escluderne la doverosità. La qualità del paziente potrà, invece, incidere sulle modalità di informazione – informazione che si sostanzia in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente – con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e che, nel caso di paziente-medico, potrà essere parametrata alle sue conoscenze scientifiche in materia* [...] *Sono, quindi, le modalità – ossia il* quomodo *delle informazioni che il medico deve fornire – che possono variare in considerazione del grado di conoscenze specifiche del paziente; il consenso, però, non può essere presunto, ma deve essere effettivo* [...] *il giudice del rinvio dovrà esaminare la vicenda in questione*».
Si tratta di sentenza che ha destato particolare interesse e che è reperibile, annotata, – anche – in *Giur. it.*, 2014, n. 2, 288, con nota di Salerno, *Consenso informato in medicina e qualità soggettive del paziente*; in *Riv. it. med. leg.*, 2013, n. 3, 1497, con nota di Cacace, Medice, cura te ipsum? *Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altra questione sul consenso al trattamento)*; e in *Danno e responsabilità*, 2013, n. 7, 743, con nota di Clinca, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della cassazione al "consenso presunto" nel caso del paziente-medico.*

[11] Ha ritenuto Cass., Sez. 3 civ., n. 19220 del 20/08/2013, Luoni *vs.* Neuschuler, Rv. 627861-01, che «*È onere del medico provare, a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente,*

Deve, dunque, ritenersi che la dimostrazione di avere fornito al paziente – in maniera adeguata, efficace e completa – le necessarie notizie sulle condizioni di salute, sulla diagnosi, sulla prognosi, sui benefici e sui rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, sulle possibili alternative e sulle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi (così come espressamente previsto dall'art. 3 della citata legge n. 219 del 2017) potrà ricavarsi, quale valida alternativa ad un documento scritto (naturalmente, completo e correttamente redatto), da prove dichiarative o documentali (quali, ad esempio, registrazione, video o audio) ovvero, in via logica, da ulteriori elementi conoscitivi (ad esempio, il numero delle visite e degli incontri con il sanitario, la durata degli stessi, l'eventuale contributo informativo che possano riferire altre persone che vi abbiano partecipato, quali collaboratori del professionista, parenti o accompagnatori del paziente).

## 4. Campagna vaccinale anti SARS-CoV-2 e manifestazione/documentazione del consenso informato.

Tanto premesso, le caratteristiche della "campagna vaccinale" in corso nel Paese, così come prevista in linea generale ma anche così come in concreto organizzata e svolta, destano più di qualche perplessità circa la conformità ai consolidati principi di diritto che si sono riferiti. Ciò per le seguenti ragioni.

L'assenza di qualsiasi riferimento nella normativa in commento[12] al tema del consenso informato suggerisce di prendere le mosse, ai fini del presente approfondimento, dall'analisi empirica dei moduli di consenso informato che si rinvengono nei siti istituzionali del Ministero della salute[13] e delle Regioni italiane[14], moduli che vengono distribuiti nelle strutture ove si pratica la vaccinazione ovvero da stamparsi preventivamente a cura dell'interessato e da recare con sé all'appuntamento vaccinale[15].

*l'adempimento dell›obbligazione di fornirgli un'informazione completa ed effettiva sul trattamento sanitario e sulle sue conseguenze, senza che sia dato presumere il rilascio del consenso informato sulla base delle qualità personali del paziente (nella specie, avvocato), potendo esse incidere unicamente sulle modalità dell'informazione, la quale deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone*». La sentenza è consultabile – anche – in *Giur. it.*, 2013, n. 8-9, 1723, con osservazioni di Paolo e Vincenzo Carbone dal significativo titolo *Consenso informato. Non basta la sottoscrizione di un modulo prestampato.*

12 V. nota n. 1.

13 Il modulo, per così dire, "generale" è reperibile tramite rete web digitando: *https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5452_5_file.pdf.*

14 I moduli delle Regioni italiane, reperibili tramite agevole ricerca via *web* nei rispettivi siti istituzionali, sono composti, in varia veste grafica, da un modello principale contenente le indicazioni di cui al modello-base ministeriale, e, generalmente, da due documenti, concepiti come allegati al consenso informato: una nota informativa sintetica, contenente alcune informazioni sui vaccini in uso, ed una, anch'essa stringata, scheda anamnestica, che si invita il vaccinando prenotato a recare con sé già compilata secondo verità. Entrambi gli allegati sono strutturati sulla falsariga dei relativi modelli ministeriali che sono consultabili in https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5452_6_file.pdf.

15 Naturalmente, le presenti riflessioni presuppongono l'effettivo impiego da parte dei medici cui è attribuito il compito di praticare l'iniezione vaccinale dei modelli distribuiti ufficialmente di

Il modello in uso per l’acquisizione del consenso contiene l’indicazione che il vaccinando ha letto, che gli è stata illustrata e che ha compreso la nota informativa dell’Agenzia italiana del farmaco (acronimo: A.I.F.A.) del vaccino in questione, che ha riferito al medico patologie, attuali e pregresse, e terapie in corso, che ha avuto la possibilità di porre domande, ottenendo esaurienti risposte che ha compreso, che è stato correttamente informato, comprendendo benefici, rischi, alternative e conseguenze e che è consapevole della necessità di informare il medico curante di eventuali effetti collaterali; ad esso è generalmente allegato un riassunto delle caratteristiche del vaccino risultanti dal foglietto informativo della casa produttrice.

Ebbene, il modellino relativo al consenso informato non appare rispettoso dei principi che si sono in precedenza richiamati in tema di consenso informato: si tratta infatti, con ogni evidenza, di un modulo-*standard* del tutto generico, identico per qualsiasi vaccinando, senza distinzioni, senza riferimenti alle caratteristiche peculiari della specifica situazione, alle condizioni di salute ed all’età del vaccinando, senza informazioni dettagliate che possano dirsi idonee a fornire la piena e reale conoscenza della natura, della portata ed estensione dell’intervento sanitario, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative: e dall’esame, tramite consultazione dei siti internet istituzionali delle varie Regioni, dei moduli emerge persino la mancanza di spazio sufficiente per eventuali integrazioni grafiche che possano valere a “soggettivizzare” la situazione.

A ben vedere, nemmeno la messa a disposizione dell’utenza di una *editio minor* del contenuto del foglietto informativo del farmaco è immune da rilevi critici. Infatti, l’onere di informazione, come quello di una corretta, puntuale ed approfondita anamnesi, è inderogabilmente in capo al sanitario: e, come non è sufficiente a far ritenere adempiuto l’obbligo informativo la mera consegna del foglietto informativo, allo stesso modo una raccolta di informazioni sanitarie, che, in ipotesi, per le più varie cause, sia stata eventualmente contingentata nei tempi[16] ed effettuata da parte di personale medico reclutato per l’occasione, ma eventualmente privo di competenze specialistiche idonee e che comunque non conosce, per non averlo mai incontrato prima, il vaccinando né la sua storia sanitaria personale, può, quantomeno, far legittimamente dubitare della necessaria cura prestata nella trasmissione – che deve essere efficace e completa – delle notizie sulle condizioni di salute, sulla diagnosi, sulla prognosi, sui benefici e sui rischi del trattamento sanitario, sulle possibili alternative e sulle conseguenze dell’eventuale rifiuto o della rinuncia allo stesso (così come espressamente previsto dal citato art. 1, comma 3, della legge n. 219 del 2017).

---

cui si parla nel testo; ad esse non deve, invece, farsi riferimento ove si sia fatto o si faccia ricorso in concreto a diverse, più approfondite, modalità documentali.

[16] È lo scenario cui fanno riferimento Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, n. 9, 1175, e Carraro, *Il tanto atteso ‘scudo penale’ per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico*?, in *www.archiviopenale.it*, 11, ins. il 23 luglio 2021. Vi si tornerà.

## 5. Consenso informato ed effetti avversi quali emergenti da fonti qualificate.

Le manifestate perplessità non possono non acuirsi alla luce dei preoccupanti dati sulla quantità e sulla serietà degli effetti avversi, non esclusi quelli gravi e persino letali, che emergono dai periodici rapporti A.I.F.A. sulla sorveglianza dei vaccini Covid-19 (rapporti che, tramite accesso al sito istituzionale del Ministero della salute[17], risultano consultabili da chiunque e, dunque, e a maggior ragione, da coloro che concorrono, ai diversi livelli, alla formazione delle leggi, dai responsabili delle strutture sanitarie che organizzano e gestiscono le vaccinazioni e anche dai medici c.d. vaccinatori in prima persona).

È ormai da anni consolidata un'accezione ampia di "cura" del paziente, comprensiva non solo in senso stretto dell'atto medico in sé ma anche del coinvolgimento, consapevole e volontario, del paziente in un programma terapeutico condiviso, coinvolgimento che presuppone, ovviamente, un'ampia, corretta, approfondita e personalizzata spiegazione, come si è visto in precedenza, circa le condizioni di salute, la diagnosi, la prognosi, i benefici ed i rischi dei trattamenti sanitari, le possibili alternative e le conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi (così come espressamente previsto dall'art. 1, comma 3, della citata legge n. 219 del 2017).

Recependo, infatti, un'elaborazione già realizzata da anni "sul campo", il legislatore ha espressamente previsto che «*È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'*équipe *sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo*» ed anche – assai significativamente – che «*Il tempo della co-*

[17] Il rapporto più aggiornato, il decimo, relativo ai dati del periodo di un anno compreso tra il 27 dicembre 2020 e 11 26 dicembre 2021, pubblicato il 9 febbraio 2022, è agevolmente consultabile in: *https:llwww.aifa.gov.itldocuments/20142/1315190/Rapporto_annua/e_su_sicurezza vaccini%20 antiCQVID-19.pdf*. Vi si legge (pp. 20-33 e *passim*), tra l'altro, che nel periodo in considerazione risultano in Italia, alla stregua di vigilanza di tipo passivo, 5.656 segnalazioni di eventi avversi gravi (circa 471 al mese) ritenuti correlabili alla vaccinazione (tra cui reazioni anafilattiche, trombocitopenia, trombosi immunomediata, miocardite, pericardite, Sindrome di Guillain-Barré, paralisi di Beli); e che dei 758 decessi segnalati, 22 (cioè quasi due al mese) sono stimati dall'A.I.F.A correlabili alla vaccinazione in corso nel Paese. Per incidens, destano perplessità e meriterebbero ulteriore specificazione le considerazioni (che si rinvengono alle pp. 48 e ss. del richiamato documento dell'A.i.f.a.) sulle vaccinazioni pediatriche nella fascia 5-11 anni posto che in Italia è stato possibile vaccinare i minori compresi in tale fascia di età soltanto a partire dalla vigilia di Natale 2021, essendo la relativa autorizzazione intervenuta il 1° dicembre 2021, sicché il periodo di osservazione (che si chiude, come si è visto, il 26 dicembre 2021) si ridurrebbe a pochissimi giorni: cfr. al riguardo anche *https://www.saluute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?/lingua=italiano&1d=5452&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto*).

*municazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*» (art. 1, rispettivamente, commi 2 e 8, della legge n. 219 del 2017).

Effettuate tale precisazioni, occorre rammentare che secondo l'insegnamento della Corte di cassazione[18], **a fronte della eventuale allegazione – da parte del soggetto che agisca in giudizio per risarcimento danni – dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, è il medico a dover fornire la prova di avere adempiuto tale obbligazione**: prova che potrebbe essere non agevole da fornire quando, ad esempio, emerga per testi o tramite documenti o comunque altrimenti in via logica che il ritmo eventualmente serrato delle vaccinazioni, così come in concreto organizzate ed effettuate, non ha consentito di dedicare un tempo sufficiente a ciascun vaccinando, di regola non conosciuto prima dal medico vaccinatore, per così dire, avventizio[19] (parzialmente diversa appare la situazione del medico di famiglia che dovrebbe avere, almeno nella generalità dei casi, conoscenza adeguata dei propri pazienti).

Recentemente la Sez. 3 civile della Corte di cassazione ha puntualizzato, nell'ambito del c.d. "decalogo di San Martino", quanto segue:

«*In tema di attività medico chirurgica, la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del* deficit *informativo, il paziente abbia subìto un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. Pertanto, nell'ipotesi di omissione od inadeguatezza diagnostica che non abbia cagionato danno alla salute ma che abbia impedito l'accesso ad altri più accurati accertamenti, la lesione del diritto all'autodeterminazione sarà risarcibile ove siano derivate conseguenze dannose di natura non patrimoniale, quali sofferenze soggettive e limitazione della libertà di disporre di se stessi, salva la possibilità della prova contraria*»[20]; e «*Le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinan-*

[18] V. Cass., Sez. 3 civ., n. 2847 del 09/02/2010, Sbordone *vs.* Salvatore, Rv. 611426-01, pubblicata – anche – in *Danno e respons.*, 2010, fasc. n. 7, 685, con nota di Simone, *Consenso informato e onere della prova*; e in *Il Corriere giur.*, 2010, fasc. n. 9, 1201, con nota di Di Majo, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; e in *Giur. it.*, 2011, fasc. n. 4, 816, con nota di Chiarini, *Il medico (irresponsabile e il paziente(dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*".

[19] Descrive efficacemente il "richiamo alle armi", in ragione della eccezionale situazione, di personale sanitario ragionevolmente non sempre fornito di pertinente specializzazione Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, cit., 1187.

[20] Così Cass., Sez. 3 civ., n. 28985 del 11/11/2019, I *vs.* D., Rv. 656134-04.

*za della prova), essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'*id quod plerumque accidit*; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile* in re ipsa *derivante esclusivamente dall'omessa informazione*»[21].

## 6. Introduzione di un vero e proprio obbligo vaccinale "*intuitu aetatis*".

Ebbene, se il legislatore, ordinario o dell'emergenza, avesse colto le difficoltà che si sono sinora evidenziate e che traggono origine dal non avere modulato la tematica del consenso informato alla peculiare situazione pandemica, armonizzando le novità rispetto ai consolidati principi generali già richiamati in tema di consenso informato, avrebbe avuto la possibilità di porre rimedio, magari in sede di conversione. Ciò però non è accaduto.

E, anzi, nel decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, il Governo è incorso in due plateali omissioni che appaiono foriere di gravi conseguenze, anche a livello di compatibilità costituzionale della disciplina.

**6.1.** In primo luogo persiste un silenzio – a questo punto, ingiustificabile – sul tema del consenso informato pur a fronte della esplicita introduzione di un obbligo vaccinale che non è più solo "di fatto" (nei confronti cioè di chi esercita determinate attività lavorative, si potrebbe dire *intuitu operarum*, sospeso temporaneamente dalle stesse con conseguente, radicale ed immediata, privazione delle fonti di reddito da lavoro, pur a fronte di un comportamento legittimo o "neutro") ma è anche "di diritto" (imponendo espressamente un obbligo vaccinale generalizzato a tutti i consociati al di sopra di una determinata soglia di età, *intuitu aetatis*, sotto comminatoria di sanzione amministrativa pecuniaria[22]).

La situazione non è sfuggita alla più attenta dottrina, come già evidenziato nei primi commenti raccolti "a caldo"[23].

Nella compresenza, infatti, di tre macro-categorie di vaccinandi in attesa dell'inoculazione nei centri vaccinali o presso i medici di famiglia (1. cinquantenni obbligati pena sanzione amministrativa ed impossibilità di accesso ai luoghi di lavoro; 2. lavoratori appartenenti a determinate categorie "fortemente raccomandati" dal legislatore, tanto da essere sospesi dal servizio ed integralmente dalla retribuzione ove non vac-

[21] Così Cass., Sez. 3 civ., n. 28985 del 11/11/2019, I vs. D., Rv. 656134-05.

[22] In ciò consiste il *novum* introdotto dall'art. 1 del decreto-legge n. 1 del 2022, rispetto ai decreti-legge n. 44 del 2021 e n. 172 del 2021 (convertiti, rispettivamente, in legge n. 76 del 2021 e in legge n. 3 del 2022): cfr. il commento "a caldo" di Azzariti (intervistato da Giu. Sal.), *Non vedo un fondamento scientifico è frutto di un compromesso politico. Se non posso lavorare la libertà di non vaccinarsi è di fatto un'ipocrisia*, in *La stampa*, 6 gennaio 2022, 4-5.

[23] Il riferimento necessitato, a pochi giorni dal decreto-legge, è alla stampa non specializzata: cfr. le interviste a Flick, *Vaccino anti-Covid, avanti con l'obbligo*, a cura di Milella, in *www.larepubblica.it*, ins. il 7 gennaio 2022, a Mangia, *Omicron, strategia della paura*, a cura di Ferraù, in *Italia Oggi*, 11 febbraio 2022, p. 7, e a Guzzetta, *Consenso obbligato? Atto non valido*, a cura di Dragoni, in *La verità*, 17 gennaio 2022, 1 e 6.

cinati; 3. cittadini “consigliati”) la soluzione non può certo rinvenirsi nella diversificazione e/o nell’aggiornamento dei moduli in uso: ad esempio, più dettagliati di personalizzate informazioni, quanto ai soggetti che si presentano spontaneamente ovvero perché, pur magari intimamente dubbiosi circa l’efficacia e la sicurezza dei vaccini attualmente impiegati, a ciò comunque spinti dalla prevista sospensione dal lavoro in caso di mancanza di attestazione vaccinale[24]; ed invece più scarni ovvero addirittura, a stretto rigore, omessi, ove si presenti per la vaccinazione soggetto che ha compiuto cinquanta anni, siccome destinatario di un “obbligo” espressamente qualificato tale (e non solo indirettamente ricavabile dalle plurime limitazioni che conseguono allo *status* di non vaccinato).

Il tema, dalle implicazioni serissime, non può e non deve essere affrontato, a nessun livello (normativo, amministrativo/apicale, sanitario/operativo), come una questione, tipica di un certo, biasimevole, approccio all’organizzazione dei pubblici uffici, di “carte da mettere a posto”[25].

Ciò in ragione del non remoto rischio di invalidità del consenso, pur apparentemente manifestato, e non soltanto a causa della – difficile – praticabilità in concreto di moduli dal contenuto differenziato ovvero utilizzati/omessi a seconda del soggetto che si presenti per la vaccinazione, dovendosi distinguere, almeno, tra destinatario di raccomandazione o di “suggerimento” pressante (alla cui mancata adesione conse-

[24] Si tratta di due situazioni peraltro non logicamente accumunabili, atteso il diverso impulso che muove le persone, in un caso e nell’altro.

[25] Ad avviso di Rossi, «*È chiaro che chi si sottopone alla vaccinazione in adempimento dell’obbligo di legge, deve essere pienamente informato del tipo di trattamento e delle sue potenzialità positive e negative. Francamente però non ne farei un problema di moduli di prestazione del consenso, che peraltro possono essere agevolmente aggiornati, ma di sostanza*» (*Vaccino anti-Covid, avanti con l’obbligo*, intervista di Milella), in *www.larepubblica.it*, cit.).
Difforme l’opinione di Guzzetta: «*Qui vi è una contraddizione. Che senso ha chiedere il consenso a chi è obbligato per legge a quella prestazione? Vi è un problema di genuinità della volontà* [...] *Vi è un vizio della libera volontà. Mina alla radice la validità del consenso. Ma vi è di più. Senza la firma del consenso informato ovviamente la prestazione non può essere erogata. Ma come faccio a considerare inadempiente una persona che non presta consenso ma si presta a vaccinarsi in quanto obbligata?*» (Guzzetta: *Consenso obbligato? Atto non valido*, intervista di Mario Dragoni, cit.); «*Una cosa è mettere a disposizione un farmaco per chi può scegliere di assumerlo o rifiutarlo, come avviene, ad esempio, per i malati oncologici. Un’altra cosa è obbligare a/l’assunzione. E un’altra cosa ancora è indurre a/l’assunzione, attraverso misure equivalenti come il green pass* [...] *Si metta nei panni del governo. Per obbligare senza correre rischi bisogna essere sicuri degli effetti di ciò che si induce ad assumere. Ma sicuri non si può esserlo; di conseguenza, mentre nessuno si preoccupa dell’obbligo vaccinale per l’antitetanica o per l’antivaiolosa, per questi vaccini si è usata prima la strada dell’induzione, e poi dell’obbligo con sanzione di 100 euro. Che è pressappoco la stessa cosa, solo un po’ più stringente* [...] *Visto che gli effetti a medio-lungo termine sono in natura incerti, dato che la macchina del tempo non c’è, meglio cautelarsi e far firmare una dichiarazione di assunzione del rischio da parte dell’obbligato. Il quale, se un giorno si vorrà riva/ere, non avrà nulla da dire perché ha dichiarato di essere informato dei rischi. Il consenso è volontà, e questa è una dichiarazione di volontà che, in un mondo normale, sarebbe considerata viziata da errore o violenza* [...] *Se c’è obbligo giuridico non c’è nessuna volontà giuridica da esprimere: lo capisce chiunque. Il consenso informato poteva avere ancora senso ai tempi del green pass generalizzato, dove non c’era obbligo formale, e dove può funzionare il* coactus tamen voluit *(volle perché costretto), come nel caso odierno della vaccinazione under 50. Non ha, però, nessun senso dove l’individuo è solo* coactus *(vaccinazione over 50, ndr)*» (Mangia, *Omicron, strategia della paura*, intervista di Ferraù, cit.).

gue la perdita integrale della retribuzione[26]) e destinatario di vero e proprio "obbligo" (dalla cui inosservanza discende quantomeno una sanzione amministrativa)[27].

**6.2.** La seconda omissione appare non meno rilevante della prima: «*le diverse disposizioni normative che hanno* – in progress – *introdotto la vaccinazione obbligatoria, non individuano, alla luce delle conoscenze scientifiche fin qui acquisite, le complicanze derivabili da tale trattamento sanitario né determinano se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità. In sostanza, difettano sia la previsione di accertamenti preventivi – idonei, se non ad eliminare, certamente a ridurre il rischio di gravi complicanze da vaccino, con esiti lesivi dell'integrità psicofisica – volti alla verifica della sussistenza di eventuali controindicazioni alla vaccinazione, sia la specificazione del tipo di accertamenti che debbono a tal fine compiersi, non potendosi il colloquio col medico vaccinatore ritenersi sufficiente ad individuare od escludere le molteplici patologie (alcune delle quali asintomatiche) che costituiscono controindicazioni alla somministrazioni di vaccini. Al momento, il decisore pubblico (detentore del potere legislativo) sembra avere omesso d'individuare e di prescrivere in termini normativi, specifici e puntuali, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze, già auspicati dalla Corte costituzionale con la sent. n. 258/1994*»[28].

Ed è appena il caso di rammentare che non è precluso al soggetto che ritenga di essere stato leso nei propri diritti di agire in sede civile lamentando la violazione – in sé considerata – del consenso informato, sostenendo cioè di non essere stato informato dal medico in ordine ai possibili effetti connaturati alla vaccinazione o di essere stato informato ma in maniera inadeguata, anche a prescindere da eventuali conseguenza fisiche, e/o di avere patito un danno alla salute, di cui si ritenga di poter fornire prova, convenendo in giudizio la struttura sanitaria o direttamente il medico vaccinatore ovvero anche entrambi: si tratta di prospettiva di aumento di contenzioso che rischia di creare pesanti effetti sia sul sistema sanitario che su quello giudiziario, già notoriamente in grave affanno.

---

[26] Sull'argomento sia consentito il rinvio a Cenci, *Riflessioni sulla compatibilità a Costituzione della decretazione di urgenza che proroga l'obbligo di vaccinazione per i sanitari ed estende lo stesso ad altre categorie di lavoratori*, in *www.penaledp.it*, ins. il 22dicembre 2021.

[27] Peraltro, il soggetto ultracinquantenne, al di là del tipo di lavoro svolto, ben potrebbe determinarsi alla vaccinazione tanto per intima, profonda convinzione circa sicurezza ed efficacia dei vaccini quanto per adesione ad un obbligo, pur in ipotesi intimamente avversato; e sarebbe estremamente difficile *ex post* operare distinzioni.

[28] Così Greco, *Il consenso (dis)informato nell'obbligo vaccinale ai tempi della variante omicron*, in *www.diritto.it*, ins. il 3 febbraio 2022.

## 7. Condizioni per l’applicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 3 del decreto-legge n. 44 del 2021 per il personale sanitario.

Come noto, l’art. 3 del decreto-legge n. 44 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 76 del 2021, ha introdotto una speciale causa di esclusione della punibilità.

La norma (sotto la rubrica “Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2”) recita:

«*Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all’art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*»(c.d. scudo penale per i vaccinatori).

La legge di conversione ha aggiunto un’ulteriore previsione, tramite un art. 3-*bis* (“Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19”), non presente nell’originario decreto n. 44 del 2021, stabilendo quanto segue:

«*1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell’esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.*

*2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all’emergenza*» (c.d. scudo penale *bis* per gli operatori sanitari).

Si tratta di disposizioni speciali la cui *ratio* poggia sulla assoluta peculiarità della situazione sanitaria: di entrambe occorre dare conto.

Per quanto in questa sede rileva, tra le condizioni per l’applicabilità della causa di non punibilità di cui al citato art. 3 ai reati di omicidio colposo e di lesioni colpose «*verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all’art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178*», viene in luce «*l’uso del vaccino* [... uso che deve essere] *conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*».

Oltre a tale previsione, che riguarda esclusivamente i “vaccinatori”, quella dell’art. 3-*bis* della legge n. 76 del 2021 ha come destinatari tutti gli esercenti una professione sanitaria, che dovrebbero andare esenti dalla eventuale responsabilità penale per i

reati di omicidio colposo e di lesioni colpose agli stessi addebitabili, tranne che ricorra una colpa grave, ove ricorrano le condizioni previste dalla norma.

Parte della dottrina, anche autorevole, ha accolto in linea di massima con favore l'intervento legislativo, in particolare mettendone in luce il "buon senso" che la ispirerebbe[29], mentre altra parte non ha mancato di segnalare le plurime difficoltà interpretative poste dalla novella[30], che è stata definita come mero «*placebo*» dalla «*blanda finalità "rassicurativa"*»[31], come uno «*strumento inutile* [... e] *confusiogeno* [...] *un* Valium *legislativo*»[32], una «*mera rassicurazione emergenziale per i soggetti esposti,* [...una] *trovata non* [...] *dotata di alcuna incidenza pratica, né sul piano dell'effettivo spostamento obiettivo dell'asticella penale, né sul piano della sperata conduzione legale della discrezionalità del giudice*», insomma il portato di una "norma-annuncio" da ricondursi ad un diritto penale della mera rassicurazione e dell'apparenza ([33]), in particolare evidenziandosi le aporie che di seguito si indicano.

---

[29] Cfr. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *www.sistemapenale.it*, ins. il 1° giugno 2021; Id., *La colpa medica ai tempi della pandemia: la risposta normativa ai rischi di una medicina difensiva dell'emergenza*, in *Il foglio*, 1° luglio 2021 (ripubblicato in *www.discrimen.it*, ins. il 2 luglio 2021); G. Amato, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, in *Guida al diritto. Il sole 24ore*, 2021, n. 16, 47 ss.; Della Valentina, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *www.sistemapenale.it*, ins. il 3 dicembre 2021; Blaiotta, *Dove va la colpa*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 10, 1281 ss.; Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica e la colpa grave declinata secondo la limitatezza di conoscenze e di risorse*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, n. 3, 795 ss.; Scendoni - Cingolani, *Eccezioni penali rispetto alle procedure vaccinali*, *ivi*, 2021, n. 3, 833 ss.; Fimiani, *Nuovo 'scudo penale' (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, ins. il 13 aprile 2021; Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico*?, cit.; Rossi, *Sanitari: è possibile uno 'scudo penale' più efficace dell'attuale?*, in *www.questionegiustizia.it*, ins. 10 aprile 2021; Badalamenti, *L'imperizia quale tallone d'Achille della disciplina penale della* medical malpractice, in *www.penaledp.it*, ins. il 7 dicembre 2021.

[30] Cfr. Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito e dei suoi più recenti* exploit, in *Arch. pen.*, 2021, n. 3, 1 ss.; Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti Sars-Cov-2*, in *www.archiviopenale.it*, ins. il 29 aprile 2021; Penco, *'Norma-scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, in*www.sistemapenale.it*, ins. il 13 aprile 2021; Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, *ivi*, ins. il 23 aprile 2021; Id., *Lo scudo penale covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, *ivi*, ins. il 1° giugno 2021; Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, cit., 1171 ss.; Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2: gli 'anticorpi' dei principi generali in materia di colpa penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, n. 3, 683 ss.

[31] Così Penco, *'Norma-scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale*, cit., 1, 4 e 7.

[32] Così Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, cit., 2-3.

[33] Così Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito*, cit., 1, 7-8 e 11.

**7.1.** Innanzitutto è **controverso l'inquadramento giuridico**: l'art. 3 della legge n. 76 del 2021 introdurrebbe, secondo alcuni, una causa di non punibilità[34], secondo altri una esimente[35] ovvero, per altri ancora, una causa di esclusione della colpevolezza[36] o una causa di esclusione della tipicità del fatto colposo[37] e persino un «*"ibrido" giuridico dal valore penale non chiaramente definibile*»[38]; l'art. 3-*bis* è generalmente ritenuto prevedere una causa di non punibilità in senso stretto[39].

Intuitive per gli addetti ai lavori le differenze aderendo all'una o all'altra ricostruzione.

**7.2.** Quanto all'**ambito soggettivo di applicazione**, l'art. 3 della legge n. 76 del 2021 fa riferimento solo al personale sanitario direttamente impegnato nell'atto della vaccinazione (medici, infermieri, farmacisti), mentre l'art. 3-*bis* dello stesso testo si dirige a tutti i sanitari purchè nell'esercizio della professione sanitaria[40], con esclusio-

---

[34] Cfr. Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito*, cit., 5; Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino*, cit., 685 e 699 ss.; Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della punibilità*, cit., 1171 ss.; Amato, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, cit., 48.

[35] Secondo Penco, '*Norma-scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale*, cit., 4, «*l'efficacia esimente deriva dalla riconosciuta conformità della condotta dell'agente rispetto alle indicazioni provenienti dalle autorità competenti in ordine allo svolgimento dell'attività rischiosa consentita*». Parlano di esimente anche Scendoni - Cingolani, *Eccezioni penali rispetto alle procedure vaccinali*, cit., 835-866; si tratta di scriminante per Rossi, *Sanitari: è possibile uno 'scudo penale' più efficace dell'attuale?*, cit., 1.

[36] Cfr. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 3; Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, 3; Natalini, *Corte Suprema di cassazione. Ufficio del Massimario e del ruolo. Servizio penale, relazione su novità normativa. Artt. 3 (responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2) e 3*-bis *(Responsabilità penale per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVIO-19) del decreto-legge 1° aprile 2012, n. 44. convertito, con modificazioni, in legge 28 maggio 2021, n. 76 (relazione n. 35/2021)*, in *https:/lwww. cortedicassazione. itlcassazione-resourceslresourceslcms/documents/Rel. 35-2021. pdf*, 4-5 e 9 e ss.; Della Valentina, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19*, cit., 22-23.

[37] Cfr. Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica*, cit., 713.

[38] Furia (*"Lo 'scudo penale' alla prova della inoculazione da vaccino*", cit., pp. 9-10, segnala infatti il rischio di giungere a considerare l'art. 3 del decreto-legge n. 44 del 2021 come un "ibrido" difficilmente definibile.

[39] V. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 9; Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito*, cit., 7; Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1182-1184; Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica*, cit., 715-716; Natalini, *Corte Suprema di cassazione. Ufficio del Massimario e del ruolo. Servizio penale, relazione su novità normativa*, cit. (relazione n. 35/2021); Della Valentina, *La responsabilità medica negli scenari post covid-19*, cit., 29. Ha osservato Rocco Blaiotta come la nuova disciplina nel complesso «*colloca nell'ambito della punibilità un tema che attiene, invece, al reato, al suo elemento soggettivo*» (così alla p. 10 del contributo "*Dove va la colpa*", cit.).

[40] Il riferimento è all'art. 5, comma 1, della legge 8 marzo 2017, n. 254, recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", ossia a «*prestazioni sanitarie con finalità*

ne, quindi, sia degli operatori socio-sanitari sia dei dirigenti amministrativi delle U.S.L. o degli ospedali, in quanto né gli uni né gli altri sono esercenti professioni sanitarie.

Sono stati manifestatati dubbi sull'applicabilità delle cause di esclusione della punibilità ai direttori sanitari, attesa la natura amministrativo-sanitaria, e non già sanitaria in senso oggettivo, delle funzioni dagli stessi esercitate[41].

**7.3.** Venendo all'**ambito oggettivo di applicazione**, in entrambi i casi (artt. 3 e 3-*bis* della legge n. 76 del 2021) si ha riguardo solo ai reati di lesioni colpose e di omicidio colposo, mentre restano esclusi i corrispondenti reati dolosi e preterintenzionali ed inoltre i reati di epidemia colposa, di rifiuto di atti di ufficio per ragioni di sanità (art. 328 cod. pen.), ad esempio accertamenti diagnostici richiesti e negati ovvero terapie richieste e negate, morte o lesioni come conseguenza di altro delitto doloso (art. 586 cod. pen.), ad esempio ove dal rifiuto di atti di ufficio derivi la malattia o la morte del paziente, oltre ai casi di c.d. "scelte tragiche", che potrebbero essere scriminate solo ricorrendo agli istituti generali (stato di necessità *ex* art. 54 cod. pen.[42]).

**7.4.** Quale che sia l'ampiezza ipoteticamente attribuibile agli artt. 3 e 3-*bis* della legge n. 76 del 2021, **il meccanismo delineato non è certo idoneo ad evitare l'iscrizione della *notitia criminis*** nell'apposito registro né lo svolgimento di indagini preliminari e, a ben vedere, nemmeno la celebrazione del processo.

Infatti, alla domanda se sia possibile o meno limitare l'iscrizione nel registro degli indagati, si è già risposto che «*Il tenore letterale dell'art. 3 cit. non contiene alcuna limitazione al riguardo, nonostante sia un'esigenza molto, molto sentita. Sotto questo profilo la fattispecie è deludente, perché il primo timore del personale sanitario è proprio quello di un procedimento penale a carico. L'iscrizione nel registro degli indagati è già una pena. L'iscrizione fa male. È noto come all'iscrizione seguano sempre spese e spesso* stress *psicologico***,** *anche forte, talvolta di non agevole gestione. Il legislatore non si è fatto carico di questa nota esigenza*»[43].

Ed i – pur interessanti – suggerimenti che si rinvengono sia *de iure condito* (la c.d. consulenza-lampo[44] o un uso accorto e prudente degli strumenti procedurali[45]) sia *de*

---

*preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale*». Si è – condivisibilmente – sottolineata la necessità che l'agente sia iscritto ad un albo professionale sanitario: v. Natalini, *Corte Suprema di cassazione. Ufficio del Massimario e del ruolo. Servizio penale, relazione su novità normativa*, cit. (relazione n. 35/2021 ), 20.

41 Cfr. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave*, cit., 4-5; Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti*, cit., 1184; Roiati, "*La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 716; Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 25.

42 L'esemplificazione è tratta da: Piras, *Lo scudo penale covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave*, cit., 3; Massaro; *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino*, cit., 689; Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica*, cit., 717; Natalini, *Corte Suprema di cassazione. Ufficio del Massimario e del ruolo. Servizio penale, relazione su novità normativa*, cit. (relazione n. 35/2021), 12-13 e 19; Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 24.

43 Così Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, cit., 4.

44 V. Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, cit., 4.

45 V. Amato, *Scudo penale per i vaccinatori*, cit., 47-49.

*iure condendo*[46] non sono tali da superare la radicata convinzione circa la necessità che il P.M. proceda alla iscrizione nell'apposito registro della notizia di reato e, quando risulti, anche del nominativo degli indagati al precipuo fine di garanzia (seppure purtroppo distorto nella percezione sociale[47]) cioè di consentire la partecipazione tramite Difensori e consulenti di parte ad attività non reiterabile e che di regola risulta assai importante, se non già decisiva, per lo sviluppo del procedimento e del processo[48].

Oltre alla iscrizione, è stato precisato da più parti come sia «*in tutti i casi necessaria ed inevitabile, al fine di stabilire cosa è realmente accaduto, l'attività di indagine preliminare, con conseguente possibilità che il personale vaccinante coinvolto nella vicenda sia iscritto nel registro degli indagati*»[49], che il procedimento penale deve proseguire e che «*è evidente come l'accertamento del rapporto causale fra evento infausto e vaccinazione* [...] *non possa che avvenire nella sede a ciò deputata, e cioè quella processuale* [...] *un'esimente così costruita non può in alcun modo realizzare quella protezione "*dal*" processo che era stata invece auspicata, posto che è proprio "*nel*" processo che deve essere verificata la sussistenza di quel rapporto causale fra somministrazione del vaccino e lesioni o morte che si caratterizza come presupposto imprescindibile per l'operatività dello "scudo"*»[50].

**7.5.** Ed è stato sottolineato anche il concreto rischio che l'indagato e/o l'imputato vengano prosciolti, quale che sia la fase in cui sia emesso il **provvedimento definitorio** (decreto/ordinanza di archiviazione; sentenza di non luogo a procedere all'esito dell'udienza preliminare; sentenza dibattimentale di assoluzione), con **formula meno favorevole** ("perché il fatto non costituisce reato" ovvero perché "non puni-

[46] V. Rossi, *Sanitari: è possibile uno 'scudo penale' più efficace dell'attuale?*, cit., 3-4.

[47] Lamenta, assai condivisibilmente, «*il peso rivestito dal cortocircuito massmediatico che – non da ora – trasforma ogni iscrizione nel registro degli indagati* [...] *da atto di garanzia a condanna anticipata*» Cristiano Cupelli, "*Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*", cit., p. 7.

[48] Cfr. Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 15; Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, 3-4; Fimiani, *Nuovo 'scudo penale' (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., 5. Perplessità sono espresse da Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1175-1176, nel paragrafo significativamente intitolato *Iscrivere o non iscrivere?* That is the question: l'A. sottolinea in ogni caso (p. 1175) che «*l'opera di dissuasione da iscrizioni avventate esercitata nei confronti delle Procure sembra affidata a un "ipertesto comunicativo" composto da auspici, allusioni e ammonimenti, posto che la causa di non punibilità richiede di essere comunque accertata, e quindi, presuppone pur sempre l'avvio di un'indagine, volta a valutarne la concreta sussistenza*».

[49] Così Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 15.

[50] Così Penco, *'Norma scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir) responsabilità penale*, cit., 6; concorda Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 690, ove si legge che «*Il rapporto causale tra l'evento e la vaccinazione, si è osservato, sarebbe possibile solo in sede processuale: l'operatore non risulterebbe protetto* dal *processo, così come pure si auspicava, proprio perché* nel *processo andrebbe accertato un requisito di operatività del preteso "scudo"*»; nello stesso senso, Scendoni - Cingolani, *Eccezioni penali rispetto alle procedure vaccinali*, cit., 836-837: «[...]*l'accertamento del nesso di causalità tra evento infausto e vaccinazione* [...] *non può che avvenire in sede processuale. Pertanto, l'esimente così costruita non può realizzare quella protezione dal processo che era stata invece auspicata, proprio perché è proprio nel processo che deve essere verificata la sussistenza di quel rapporto causale fra somministrazione del vaccino e lesioni o morte che si caratterizza come presupposto imprescindibile per l'operatività dello scudo*».

bile") **di quella cui avrebbero potuto legittimamente aspirare** ("perchè il fatto non sussiste")[51].

**7.6.** Si tratta di disposizioni, che intervengono nel delicato ambito del "rischio consentito"[52], destinate ad avere **efficacia temporalmente limitata** (art. 2, comma 5, cod. pen.), ricorrendo le condizioni dalle stesse prescritte[53]: la previsione dell'art. 3 della legge n. 76 del 2021 ha come ambito temporale quello della «*campagna vaccinale straordinaria*», il cui termine finale ancora non è noto; quella dell'art. 3-*bis* ha come confine «*lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe*», con ogni probabilità facendosi riferimento alla condotta e non anche all'evento, che potrebbe essere differito[54]; entrambe sono destinate, alla scadenza, a cedere il passo alle regole ordinarie ed è ipotizzabile una retroattività favorevole.

**7.7.** Ulteriore problema che le innovative disposizioni non affrontano in alcun modo – e che dunque sarà affidato all'interprete – è quello del **rapporto** delle stesse **con**

---

[51] Cfr. Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, cit., 2: «*Non solo è strumento inutile, ma è anche dannoso: impone infatti al giudice di prosciogliere perché trattasi di persona non punibile, anziché di prosciogliere sul fatto. Indebolisce quindi le barriere difensive* [dei sanitari]*, anziché fortificarle*»; il contributo di Piras è espressamente richiamato da Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 701, nota n. 57. Nello stesso senso, Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione*, cit., 9-10: «*si rischia di ottenere il paradossale esito di assolvere il soggetto con una formula meno favorevole*».

[52] Cfr. a proposito del "rischio consentito", tra gli altri contributi, i fondamentali scritti di Blaiotta, *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/*, ins. il 20 gennaio 2012, Id., *Dove va la colpa*, cit., 1283, e di Brusco, *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, 55 e ss., Id., *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato*, in *Criminalia*, 2012, 383 ss.

[53] Cfr. Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito*, cit., 6; Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 4 e 10; Id., *colpa medica ai tempi della pandemia*, cit.; Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino*, cit., 702; Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica*, cit., 716-717; Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 17 e 23-24; Piras, *Lo scudo penale covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave*, cit., 3 e 5; Penco, '*Norma-scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino*, cit., 5.

[54] Recentemente le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione hanno affermato il principio di diritto secondo il quale «*In tema di successione di leggi penali, nel caso in cui l'evento del reato intervenga nella vigenza di una legge penale più sfavorevole rispetto a quella in vigore al momento in cui è stata posta in essere la condotta, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta*» (Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, P., Rv. 273934-01, edita, tra l'altro: in *Cass. pen.*, 2019, n. 2.1, 76, con nota di Nocera, Tempus commisi delicti *e reati ad evento differito*; in *Dir. pen. e proc.*, 2019, n. 1, 65, con nota di Gambardella, Tempus commissi delicti *e principio di irretroattività sfavorevole: il caso dell'omicidio stradale*; in *Giur. It.*, 2019, n. 3, 676, con nota di Bianchi, *Il* tempus commissi delicti *nello specchio della Costituzione*; in *Guida al diritto. Il sole 24ore*, 2019, n. 5, 72, con nota di Minnella, Tempus *condotta garantisce il 'calcolo' delle conseguenze*; e pubblicata anche in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/*, con nota di Zirulia, *Le Sezioni Unite sul* tempus commissi delicti *nei reati c.d. ad evento differito (con un* obiter dictum *sui reati permanente e abituali)*, ins. il 4 ottobre 2018.

**la causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* cod. pen.** (introdotto dall'art. 6, comma 1, della legge 8 marzo 2017, n. 24, c.d. legge "Gelli-Bianco"[55]), **con l'art. 43 cod. pen.**[56] e **con la causa di giustificazione "classica" dello stato di necessità**[57]: il che potrebbe condurre, come spesso accade, ad oscillazioni giurisprudenziali e ad incertezze applicative.

**7.8.** Una previsione di cui nel delicato settore della colpa professionale non si sentiva affatto il bisogno è quella che sembrerebbe attribuire il valore di regole cautelari al contenuto di **circolari ministeriali**[58], sulla falsariga del – già di per sé complesso – rinvio alle linee-guida e alle buone pratiche evocate dall'art. 590-*sexies*, comma 2, cod. pen.: «*la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*» (art. 3 della legge n. 76 del 2021).

Accanto, infatti, alla assai problematica assimibilità del contenuto di una circolare ministeriale alle linee-guida per così dire "accreditate", cioè pubblicate nelle forme di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017, ovvero a quelle elaborate dalla comunità scientifica ed alle buone prassi cliniche, non si è mancata di evidenziare sia l'ambi-

[55] La previsione dell'art. 590-*sexies* cod. pen. è stata ritenuta prevedere una causa di non punibilità dalle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione: «*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590-*sexies *cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse.* (Sez. U, n. 8770 del 21712/2017, dep. 2018, Mariotti, Rv. 272174-01).
Autorevole dottrina ritiene che l'innovativa disciplina sia speciale rispetto al comma 2 dell'art. 590-*sexies* cod. pen.: Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 3. Ragionano in termini di specialità e di specialità bilaterale, rispettivamente, Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 15-17, e Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 12. *Contra*, tuttavia, Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, cit., 3, ove si afferma la «*incompatibilità tra le due fattispecie: la prima prevede una condotta non colposa, e la seconda prevede invece una condotta imperita*»; e Della Valentina, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19*, cit., 26-28, che parla di «*incomunicabilità genetica tra le due fattispecie*» della previsione relativa ai vaccinatori (qualificata come causa di esclusione della colpevolezza) e della norma codicistica (causa di non punibilità).

[56] Cfr. Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 693-695.

[57] Sul tema del rapporto tra art. 3-*bis* della legge n. 76 del 2021 ed art. 54 cod. pen., v. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1186.

[58] Dedicano interessanti riflessioni al tema Della Valentina, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19*, cit., 22-28 e Natalini, *Corte Suprema di cassazione. Ufficio del Massimario e del ruolo. Servizio penale, relazione su novità normativa*, cit. (relazione n. 35/2021), 14 ss.

guità contenutistica[59] sia la «*fumosità* [...] *delle raccomandazioni ivi contenute,* [che] *impedisce di affidare alle stesse un ruolo, a rigore, prescrittivo*»[60] e, in ultima analisi, il non remoto «*rischio di tradursi in una formula vuota e non vincolante*»[61].

E, oltre al sempre possibile «*mutevole cambio di rotta del decisore politico*»[62], che, ad esempio, ha modificato più volte a distanza di poche settimane le fasce d'età rispetto alle quali era possibile/consigliato/sconsigliato somministrare il vaccino "Astrazeneca"[63], altri aspetti assolutamente censurabili del disposto "rinvio mobile"[64] a circolari concepite da burocrati[65] in materia tanto delicata sono stati segnalati nei seguenti termini:

«*Potrebbe porsi, poi, un problema di coordinamento nei casi in cui le circolari prevedano indicazioni diverse rispetto a quelle formulate dall'EMA* [acronimo di European Medicines Agency, Agenzia europea per i medicinali dell'Unione europea]. *Un esempio particolarmente significativo è offerto dalle rocambolesche* ***vicende che hanno riguardato i limiti di età per il vaccino Vaxzevria, prodotto da Astra Zeneca****: con circolare 7 aprile 2021, il Ministero raccomandava un uso preferenziale del siero in questione per i soggetti over 60, mentre la circolare 11 giugno 2021 reca l'indicazione, perentoria e "vincolante", di somministrare il vaccino Astra Zeneca solo a persone di età uguale o superiore ai 60 anni. Il tutto a fronte delle indicazioni offerte da EMA, che non pone alcun limite di età all'uso del vaccino di Oxford. Posto che proprio questi sono i casi maggiormente problematici, rispetto ai quali emergeva la pretesa esigenza di "tranquillizzare" gli addetti alla vaccinazione, risulta certamente curioso che il legislatore affidi la questione a una "risposta aperta"*»[66];

il rinvio alle circolari «*è anche strumento confusiogeno, perché può indurre a dubitare che l'osservanza di altre circolari ministeriali Covid-19 non escluda la responsabilità penale. Ad es., ad un paziente Covid-19, non presentante diatesi trombotica e mobilizzato, non viene somministrata eparina in osservanza della circolare sulle terapie di trattamento Covid-19* [del 30 novembre 2020] *e si verifica un danno ischemico per trombosi: è punibile l'omessa somministrazione eparinica*»[67].

Peraltro, la recente "stroncatura" da parte della Giustizia amministrativa del supposto valore vincolante delle circolari del Ministero della salute, sia pure in una vicenda differente e peculiare[68], potrebbe avere posto nel nulla la tesi di una qualche

[59] V. Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 14.
[60] Così Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 7.
[61] Così Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 3.
[62] Così Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 694.
[63] L'esempio è di Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 8, nota n. 27.
[64] V. Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 13.
[65] Naturalmente, il termine burocrate è impiegato nel testo in senso proprio etimologico di funzionario pubblico, dal francese *bureau*, esclusa ogni altra accezione.
[66] Così Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, 694-695.
[67] Così Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino*, cit., 2 e nota n. 3.
[68] Il riferimento è alla sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sez. 3-*quater*, del 7 dicembre 2021 - 15 gennaio 2022 (n. 419/2022 reg. prov. coli. e n. 6949/2021 reg. rie.), al decreto del Consiglio di Stato, Sez. 3, del 19 gennaio 2022 (n. 207/2022 reg. prov. cau. e n. 411/2022 reg.

vincolatività del contenuto delle circolari ministeriali per i medici, il cui lume dovrebbe essere, secondo il Giuramento di Ippocrate che da secoli governa l'*ars medica*, "scienza e coscienza".

In ogni caso, il legislatore sembra avere totalmente trascurato quanto di recente precisato dalle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione e che appare opportuno qui rammentare:

«*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 – pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia – non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene*»[69].

Se, infatti, nemmeno le linee guida selezionate e pubblicate possono integrare «*veri e propri precetti cautelari vincolanti*», non si comprende proprio (sia pure in un

---

rie.) ed alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. 3, del 3-9 febbraio 2022 (n. 946/2022 reg. provv. coli. e n. 411/2022 reg. rie.), tutti provvedimenti relativi al ricorso di alcuni medici per l'annullamento della circolare del Ministero della Salute recante "*Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2*" aggiornata al 26 aprile 2021, nella parte in cui, nei primi giorni di malattia da SarsCov-2, prevede unicamente vigile attesa e somministrazione di fans e paracetamolo e nella parte in cui pone indicazioni di non utilizzo di tutti i farmaci generalmente utilizzati dai medici di medicina generale per i pazienti affetti da covi d.

Le richiamate decisioni, infatti, pur divergendo in altra, rilevante, parte, affermano, tuttavia, il principio della libertà di cura e di terapia: in particolare, nella sentenza di primo grado si legge che «*è onere imprescindibile di ogni sanitario di agire secondo scienza e coscienza, assumendosi la responsabilità circa l'esito della terapia prescritta quale conseguenza della professionalità e del titolo specialistico acquisito* [...] *il contenuto della nota ministeriale, imponendo ai medici puntuali e vincolanti scelte terapeutiche, si pone in contrasto con l'attività professionale così come demandata al medico nei termini indicata dalla scienza e dalla deontologia professionale*» (così alla p. 3), infine accogliendo il ricorso e annullando la richiamata circolare; il decreto del Consiglio di Stato, pur sospendendo la esecutività della sentenza appellata sino all'udienza contestualmente fissata al 3 febbraio 2022, in motivazione afferma che «*non emerge alcun vincolo circa l'esercizio del diritto-dovere del MMG di scegliere in scienza e coscienza la terapia migliore, laddove i dati contenuti nella circolare sono semmai parametri di riferimento*», cioè semplici «*"raccomandazioni" e non "prescrizioni"*» (così alla p. unica); infine, la sentenza del Consiglio di Stato che, in riforma della decisione di primo grado, dichiara inammissibile il ricorso, in più passaggi afferma la natura non vincolante della circolare, contenente mere indicazioni e raccomandazioni ma, appunto, non divieti né precetti vincolanti (cfr. punti nn. 6.3., 6.7., 7.3., 9, 10, 10.1., 11., 11.1., 12.3 e 19 della motivazione). Gli interessanti provvedimenti sono consultabili nel sito istituzionale della Giustizia amministrativa (*www.giustizia-amministrativa.it*).

[69] Così Sez. U pen., n. 8770 *del* 21/12/2017, dep. 2018, Mariotti, Rv. 272176-01. Vi è chi ha sottolineato la diffidenza verso la magistratura che avrebbe mosso il legislatore dell'emergenza pandemica (Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 2; Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1188-1189; Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 19 ss., e 30) e persino la presa di distanza rispetto alle Sezioni Unite ric. Mariotti (Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1185).

momento storico in cui i "fondamentali", a partire dalla gerarchia delle fonti, vengono messi a dura prova dall'accavallarsi dei più disparati provvedimenti ed in cui vengono "vissute" come precetti vincolanti persino le "F.A.Q.", acronimo di "*frequently asked questions*", ossia elenco di domande poste frequentemente e di risposte offerte, consultabili nel portale di qualche ente) come potrebbe mai attribuirsi una qualche vincolatività in materia ad una circolare ministeriale.

Del resto, se, come ormai è assodato, "*non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come fosse matematica*"[70], non pare nemmeno possibile parlare di medicina come se fosse burocrazia, e viceversa.

**7.9.** Un altro aspetto non chiaro sembra essere quello della **tassatività o meno dei parametri indicati dal legislatore al comma 2 dell'art. 3-*bis*** della legge n. 76 del 2021[71] onde inferire e valutare il grado della colpa[72], poiché, ove gli stessi fossero da ritenere tassativi, altri eventuali parametri ritenuti esistenti dal giudice potrebbero essere tenuti in considerazione – sì – ma secondo le regole generali vigenti ante-pandemia.

Autorevole dottrina propende, condivisibilmente, per la tesi della non tassatività[73].

**7.10.** Passando ora dal "generale" al "particolare", cioè alla **specifica attività dei vaccinatori** (i requisiti professionali per la cui selezione non risultano essere stati compiutamente delineati, nonostante la delicatezza delle funzioni), sono stati posti in luce alcuni problemi che sembrerebbero risultare "impermeabili" rispetto alla neo-introdotta causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 3 della legge n. 76 del 2021 e che si indicano in ordine cronologico, distinguendo tra:

attività pre-vaccino: anamnesi e raccolta del consenso;

effettuazione dell'atto medico in senso stretto;

altre attività, anche post-vaccino.

**7.10.1.** Quanto all'**attività che deve necessariamente precedere l'atto vaccinale**, si è da subito sottolineato il pericolo di un'anamnesi omessa, «*allorché la "pressione vaccinale" congiuri contro il tempo necessario a svolgere uno studio accurato del vaccinando*»[74] ovvero di un'anamnesi non correttamente effettuata, quale che ne sia la causa: «*Guardando con piglio pratico alla fenomenologia della vaccinazione an-*

---

[70] L'espressione è mutuata dall'efficace titolo del noto contributo di Di Giovine, *In difesa del decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, 3.

[71] Il comma 2 dell'art. 3-*bis* della legge n. 76 del 2021 recita: «*Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza*».

[72] Cfr. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1188.

[73] V. Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito*, cit., 6; Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 11.

[74] Così Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1175.

*ticovid-19, il vero problema origina dalla necessità di procedere alla vaccinazione di migliaia e migliaia di persone ogni giorno, mediante ritmi così serrati da non consentire – almeno non sempre – una raccolta anamnestica effettuata con serenità e, soprattutto, una valorizzazione adeguata e "personalizzata" delle questioni pre-vaccinali* [...] *il fenomeno che, probabilmente, doveva essere posto sotto la lente legislativa era quella di un medico che, verso la fine del turno, dopo migliaia di somministrazioni, erri nella valutazione di un questionario, magari malamente compilato dal paziente, e inoculi il vaccino ad un soggetto la cui più precisa e penetrante osservazione anamnestica (magari propiziata da un orario diverso, caratterizzato da una minore affluenza) avrebbe indicato di non sottoporlo alla vaccinazione secondo i canoni di AIC* [a.i.c. è l'acronimo del provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio]»[75].

Si è detto, infatti, che la «*procedura che porta all'inoculazione* [...] *si compone fondamentalmente di due momenti: un primo, consistente nella compilazione da parte del vaccinando di una scheda di* triage *pre-vaccinale e di un questionario anamnestico, documenti contenenti una serie di quesiti attinenti alle sue condizioni di salute attuali e pregresse; un secondo, caratterizzato dalla raccolta del consenso informato sui possibili eventi avversi che il vaccino, come qualsiasi altro farmaco, può suscitare a seguito dell'assunzione.*

*Rispetto a questa fase preliminare, potrebbero sicuramente presentarsi responsabilità penali qualora il sanitario non svolgesse correttamente il proprio operato e dovesse scaturirne un evento infausto, di cui sia dimostrato il collegamento causale con la somministrazione. Le norme cautelari, infatti, impongono che il medico si accerti della corretta e completa compilazione dei documenti citati e che ne faccia un'attenta valutazione, volta ad individuare eventuali soggetti a cui il vaccino non possa essere somministrato, secondo le indicazioni fornite sia nell'AIC che dal Ministero della salute. L'inoculazione a tali soggetti costituirebbe violazione di regole specifiche e dunque errore colposo, traducendosi in un uso scorretto del farmaco che introdurrebbe un rischio ulteriore risetto al consentito.*

*Allo stesso modo, il medico deve assicurarsi che sia sempre prestato un consenso effettivo, specifico, libero, informato ed attuale alla vaccinazione, in conformità a quanto previsto, rispetto a tutti i trattamenti sanitari, all'art. 32 della nostra Costituzione*»[76].

In altre parole, sia nell'ipotesi di anamnesi non correttamente effettuata sia in quella di mancata verifica della volontarietà e della effettività del consenso del vaccinando non potrà farsi ricorso alla norma di tutela dei vaccinatori posta dalla legge n. 76 del 2021[77].

---

[75] Così Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 11.

[76] Così Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 4-5 e 12.

[77] V. Carraro (*Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 6) secondo cui l'esenzione da responsabilità opera «*a condizione, ovviamente, che il medico, prima di somministrare il vaccino, abbia effettuato una corretta anamnesi per verificare se il soggetto "in carne ed possa" dinanzi a sé rientrasse o meno nelle indicazioni soggettive dell'AIC e abbia da questi raccolto un valido consenso*»; Piras (*La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid 19*, cit., 2 ), per il quale «*All'evidenza non sono coperti i rischi da somministrazione scorretta, ad es., non preceduta da un'accurata raccolta anamnestica, che avrebbe rivelato controindicazioni*»). Cfr. al-

**7.10.2.** Naturalmente, l'**atto medico della vaccinazione**, comprensivo sia dei preparativi sia della inoculazione in senso stretto, dovrà essere compiuto nel rispetto delle regole cautelari sia generiche che specifiche: il riferimento è alle modalità sia strettamente cliniche contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e riferite nel foglietto informativo (posologia, modalità di conservazione e di somministrazione, controindicazioni e precauzioni d'uso)[78] sia organizzativo-sanitarie, precedenti e concomitanti, quali indossare correttamente la mascherina da parte del sanitario o previamente disinfettare il lettino o la seduta dove viene fatto accomodare il paziente[79].

Ed appare ovvio, negli esempi che si sono appena fatti (mancato corretto impiego della mascherina da parte di vaccinatori o omessa previa disinfezione dei luoghi), che, se «*da questo fatto derivasse un'infezione di qualunque genere per il vaccinando, il medico sarebbe regolarmente responsabile e punibile, senza possibilità che la causa di esenzione di nuova introduzione possa fare da argine*»[80].

Così come il vaccinatore potrebbe essere chiamato a rispondere secondo le regole generali, senza che possano operare le nuove disposizioni, ove sia errata l'effettuazione dell'iniezione, ad esempio a causa di un errore nella diluizione del vaccino o nella predisposizione asettica del contesto o nella esecuzione della inoculazione non sufficientemente cauta nei confronti di soggetto sottoposto a terapia anticoagulante oppure affetto da trombocitopenia o da disturbi della coagulazione, con conseguenti lividi o sanguinamenti dopo la somministrazione intramuscolare[81], ovvero inglobando aria e creando un trombo che nulla ha a che vedere con la composizione del vaccino[82].

**7.10.3.** Inoltre, si è precisato che è esclusa la punibilità solo ed esclusivamente per gli eventi dannosi da corretta somministrazione del vaccino, mentre «*all'evidenza* ***non sono coperti i rischi da somministrazione*** [...] ***seguita da consigli scorretti****, ad es., per contrastare l'elevata febbre post vaccino si consiglia di superare il dosaggio con un grammo di Tachipirina anche in un'unica soluzione, con successivi danni epatotossici. O si prescrive al paziente ulceroso un farmaco antinfiammatorio non steroideo per mitigare i dolori muscolari post vaccino, senza associazione di farmaco inibitore di pompa protonica, con successiva emorragia gastrica*»[83].

---

tresì sul punto Caputo, *Il* puzzle *della colpa medico. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1175; Penco, '*Norma-scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale*, cit., 5; Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità*, cit., 4-5 e 11-12. *Contra*, ma solo assertivamente, Fimiani, *Nuovo 'scudo penale' (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., 4.

78 V. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., 3; Penco, *'Norma-scudo' o 'norma-placebo'? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale*, cit., 5; Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 3.

79 Gli esempi sono tratti dal contributo di Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 10.

80 Così Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 10; nello stesso senso, Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., pp. 13-14.

81 Gli esempi sono tratti da Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 692.

82 L'esempio è tratto da Carraro, *Il tanto atteso 'scudo penale' per la classe medica*, cit., 14-15.

83 L'esempio è di Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosa da vaccino anti covid-19*, cit., 2.

Ancora: le eventuali situazioni di scissione tra chi agisca nella fase preparatoria e chi agisca nella fase dell'iniezione (come può accadere, per una migliore distribuzione del lavoro, nei centri vaccinali o nell'ipotesi in cui in farmacia il medico effettui l'anamnesi ed il farmacista provveda alla puntura) e le relazioni con eventuali responsabilità per una conservazione scorretta dei farmaci dovranno essere risolte in base al generale **principio di affidamento**: «*Un eventuale "coordinamento" tra la responsabilità dei soggetti chiamati a intervenire nelle diverse fasi in cui può articolarsi la somministrazione del vaccino avviene secondo lo schema offerto dal principio di affidamento: di regola, quindi, i soggetti incaricati della materiale inoculazione potranno fare affidamento sul corretto adempimento degli operatori intervenuti nella fase precedente, a meno che l'errore di questi ultimi sia macroscopico e agevolmente riconoscibile o, comunque, sia ravvisabile uno specifico obbligo di controllo sull'operato altrui*»[84].

Al riguardo, si rammenta il consolidato principio di diritto secondo il quale «*In tema di responsabilità per colpa, il principio dell'affidamento* [nell'altrui comportamento corretto] *trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale il soggetto garante del rischio è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della "ragionevole" prevedibilità in base alle circostanze del caso concreto*»[85].

---

[84] Così Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 692.

[85] Così Cass., Sez. 4 pen., n. 35585 del 12/05/2017, ric. Schettino, P.G., P.C., Rv. 270780-01; in termini, Sez. 4 pen., n. 6490 del 26/11/2020, dep. 2021, P.G. in proc. Olmetti, Rv. 280927-03.
Potrebbe farsi proficuo riferimento, come suggerito da Furia (*Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 6), alla elaborazione della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità di *equipe,* secondo le seguenti direttrici:
da un lato, «*In tema di colpa professionale, in caso di intervento chirurgico in "*equipe*", il principio per cui ogni sanitario è tenuto a vigilare sulla correttezza dell'attività altrui, se del caso ponendo rimedio ad errori che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenza scientifiche del professionista medio, non opera in relazione alle fasi dell'intervento in cui i ruoli e i compiti di ciascun operatore sono nettamente distinti, dovendo trovare applicazione il diverso principio dell'affidamento per cui può rispondere dell'errore o dell'omissione solo colui che abbia in quel momento la direzione dell'intervento o che abbia commesso un errore riferibile alla sua specifica competenza medica, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di invasione negli spazi di competenza altrui*» (Sez. 4 pen., n. 27314 del 20/04/2017, Puglisi, Rv. 270189-01) e «*In tema di responsabilità medica, il capo dell'*equipe *operatoria è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente in ragione della quale è tenuto a dirigere e a coordinare l'attività svolta dagli altri medici, sia pure specialisti in altre discipline, controllandone la correttezza e ponendo rimedio, ove necessario, ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali o comunque rientranti nella sua sfera di conoscenza e, come tali, siano emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio (In applicazione del principio la S.C. ha confermato la sentenza di condanna nei confronti del chirurgo otorino capo* equipe*, il quale, in presenza di specifica questione anestesiologica di carattere interdisciplinare, da lui pure individuata, non aveva impedito all'anestesista di procedere con più tentativi all'anestesia con curaro, cui conseguiva il decesso del paziente)*» (Sez. 4 pen., n. 33329 del 05/05/2015, Sorrentino e altri, Rv. 264366-01);
dall'altro, «*In tema di colpa medica, in caso di lavoro in "*equipe*" e, più in generale, di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare aprioristicamente una responsabilità di gruppo*» (Sez. 4 pen., n.

**7.10.4.** Ove, infine, nel corso della campagna vaccinale si presenti un **caso "nuovo"**, ad esempio una reazione avversa che si accerti essere causalmente legata alla somministrazione, prima non nota ma emersa solo a seguito del progredire delle somministrazioni, la posizione del vaccinatore potrà essere risolta facendo corretta applicazione dell'art. 43 cod. pen. in tema di necessario elemento soggettivo del reato[86].

È il caso già prefigurato dalla dottrina a proposito della «*dimostrazione acclarata di eventi mortali secondari a trombosi venosa centrale a seguito di vaccino Vaxzevria*», essendosi sottolineato che «*È già oggetto di contenzioso, in quei rari casi mortali avvenuti nel nostro paese, il diritto informativo antecedente la revisione della scheda tecnica e del modulo della informazione vaccinale, essendo sostenibile che il consenso prestato fosse inficiato dalla mancanza d'informazione in ordine al manifestarsi di un evento avverso estremo che, se conosciuto, avrebbe potuto indurre il soggetto vaccinato a rinunciare a quel tipo specifico di vaccino. Difetto di conoscenza che, in effetti, finisce per inficiare la validità dell'autodeterminazione del singolo*»[87].

**7.11.** In definitiva, dalla rapida carrellata di problemi enucleati e di possibili soluzioni sinora proposte dalla dottrina[88] **esce confermata la severa valutazione**, di cui si è già detto[89], in termini di riconduzione al «*diritto penale dell'apparenza* [...] *diritto penale soltanto percepito, perché non ha la capacità di incidere* [...] *sulla vita reale. Pubblicizzato, ma pressoché privo di efficacia*»[90] e di mero riepilogo *ad abundantiam*, forse utile solo psicologicamente ma non nella sostanza, delle previsioni introdotte dagli artt. 3 e 3-*bis* della legge n. 76 del 2021, ovvero, nella più benevola delle interpretazioni, di «*uno "scudo" pensato per casi facili. Gli* hard cases*, invece* [...] *sono chiamati a vestire l'armatura dei principi generali*»[91] previgenti alla novella, quali la causalità della colpa, la rigorosa verifica dell'elemento soggettivo, la rimproverabilità in concreto, l'esigibilità della condotta, la scriminante classica dello stato di necessità.

E, anzi, come non si è mancato di notare, potrebbe ritenersi l'intervento legislativo in commento persino controproducente, tale cioè da «*innescare un possibile "effetto-boomerang" sulla percepita sicurezza di questi farmaci agli occhi d*[...ell'] *opinione pubblica*»[92]; in altre parole, «*il c.d. scudo penale per i vaccinatori, quindi, potrebbe*

30626 del 12/02/2019, Alberti, Rv. 276792-01; in termini, più recentemente, Sez. 4 pen., n. 49774 del 21/11/2019, R., Rv. 277422-01; nello stesso senso v. già in precedenza Sez. 4 pen., n. 7346 del 08/07/2014, dep. 2015, Sozzi e altri, Rv. 262244-01, edita in *Riv. it med. leg.*, 2015, n. 2, 636, con nota di Maldonato, *Lesioni personali colpose, attività chirurgica d'*équipe*, colpa*).

86 V. Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 698.

87 Così Bacci, *Vaccino Covid-19 e reazioni avverse. Quali responsabilità?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, n. 3, 843.

88 Non risultano ancora, in ragione del breve tempo trascorso dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 44 del 2021 e dei tempi dei procedimenti penali, casi giudiziari, anche in fase di indagini preliminari, di cui siano editi provvedimenti.

89 Il riferimento è alle note nn. 31, 32 e 33.

90 Così Brunelli, *Editoriale. Del diritto penale percepito*, cit., 8.

91 Così Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 702-703.

92 Così Furia, *Lo 'scudo penale' alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino*, cit., 11.

*restituire l'impressione di una confermata inaffidabilità dei vaccini* [...] *il legislatore sembrerebbe "ammettere" che il vaccino anti SARS-CoV-2 non sia un farmaco "come tutti gli altri" o che, se si preferisce, sia un "vaccino meno sicuro degli altri", tanto da richiedere un esplicito esonero di responsabilità per i soggetti incaricati della sua somministrazione*»[93].

**7.12.** Una cosa, comunque, è certa: l'intervento in materia penale lascia pacificamente intatta la **possibile responsabilità civile dei vaccinatori**[94].

## 8. Vaccinazione anti SARS-CoV-2 e prescrizione medica.

Un recente contributo acquisito della Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, agevolmente consultabile nel relativo sito istituzionale[95], sottolinea, tra l'altro, una grave **criticità del sistema-vaccinazioni**, così come in concreto strutturato, e solleva una questione la cui portata potrebbe in ipotesi risultare dirompente, sia in sede civile che in quella penale.

L'approfondimento in questione prende le mosse da tre puntuali circostanze.

La prima: nelle decisioni di autorizzazione in via condizionata per l'immissione sul mercato dell'Unione europea dei cinque vaccini Covid-19 (1. Comirnaty di Pfizer/BioNTech; 2. Spikevax di Moderna; 3. Vaxzevria di AstraZeneca; 4. Janssen di Johnson & Johnson; cui si è recentemente aggiunto 5. Novaxovid di Novavax) si indica espressamente, all'art. 2, che "*L'autorizzazione ad immettere in commercio il medicinale di cui all'articolo 1 è subordinata al rispetto delle condizioni stabilite nell'allegato II*" e che l'allegato II, punto B, sotto la voce "*Condizioni o limitazioni di fornitura e utilizzo*", prevede espressamente che si tratta di "*medicinale soggetto a prescrizione medica*"[96].

---

[93] Così Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 688 e 702.

[94] Tra i numerosi, v. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità*, cit., 1173 e 1184; Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti sars-cov-2*, cit., 701; G. Amato, *Scudo penale per i vaccinatori*, cit., 50; Natalini, *Corte Suprema di cassazione. Ufficio del Massimario e del ruolo. Servizio penale, relazione su novità normativa*, cit. (relazione n. 35/2021), 9.

[95] Cfr. Holzeisen, *Considerazioni comuni in merito al Disegno di Legge n. 2488 'Conversione in legge del decreto-legge 24 dicembre 2021, n. 221, recante proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19' e al Disegno di Legge n. 2489 'Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 229, recante misure urgenti per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19 e disposizioni in materia di sorveglianza sanitaria'*, consultabile agevolmente digitando: *https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/422/335/Avv._DDr._Renate_Holzeisen.pdf* (ins. il 27 gennaio 2022).

[96] Cfr. per Comirnaty di Pfizer/BioNtech: *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211126154181/anx_154181_it.pdf*; per Spikevax di Moderna: *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211208154383/anx_154383_it.pdf*; per Vaxzevria di AstraZeneca: *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211123154128/anx_154128_it.pdf*; per Janssen di Johnson & Johnson: *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211216154458/anx_154458_it.pdf*; per Nuvaxovid di Novavax: https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211220154520/anx_154520_en.pdf.

La seconda: l'Agenzia Italiana del farmaco (A.I.F.A.) nelle rispettive determine ha espressamente classificato i vaccini covid-19 come farmaci che richiedono la impegnativa prescrizione medica di tipo "RRL"[97], acronimo di "ricetta ripetibile limitativa".

La terza: nei fogli riassuntivi delle caratteristiche del prodotto (allegati ai fogli illustrativi) di ciascuno dei vaccini già distribuiti è riportata la indicazione espressa che si tratta di "*medicinale soggetto a prescrizione medica*"[98].

Ora, la prescrizione medica RRL, come si apprende dallo stesso sito istituzionale dell'A.I.F.A., riguarda «*medicinali la cui prescrizione o la cui utilizzazione è limitata a taluni medici specialisti o a taluni contesti assistenziali. Le norme di riferimento sono gli artt. 92, 93 e 94 del d.lgs. 219/2006, così rispettivamente rubricati:*

*Medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o in strutture a esso assimilabili. Sono i medicinali che, per le caratteristiche farmacologiche, o per innovatività, per modalità di somministrazione o per altri motivi di tutela della salute pubblica, non possono essere utilizzati in condizioni di sufficiente sicurezza al di fuori di strutture ospedaliere.*

*Medicinali vendibili al pubblico su prescrizione di centri ospedalieri o di specialisti. Sono i medicinali che, sebbene utilizzabili anche in trattamenti domiciliari, richiedono che la diagnosi sia effettuata in ambienti ospedalieri o in centri che dispongono di mezzi di diagnosi adeguati, o che la diagnosi stessa e, eventualmente, il controllo in corso di trattamento sono riservati allo specialista.*

*Medicinali utilizzabili esclusivamente dallo specialista. Sono i medicinali che, per loro caratteristiche farmacologiche e modalità di impiego, sono destinati ad essere utilizzati esclusivamente da un medico specialista*»[99].

In sintesi, l'A.I.F.A. definisce ufficialmente la tipologia di farmaci corrispondenti all'acronimo R.R.L. come «*Medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa di centri ospedalieri o di specialisti*»[100].

---

[97] Cfr. per Comirnaty di Pfizer/BioNtech: *https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1281388/DETERMINA_154-2020_COMINRATY.pdf*; per Spikevax di Moderna: *https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1290231/DETERMINA_1-2021_MODERNA.pdf*; per Vaxzevria di AstraZeneca: https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1312148/DETERMINA_18-2021_ASTRAZENECA.pdf; per Janssen di Johnson & Johnson: *https://www.aifa.gov.it/documents/20142/920281/DETERMINA_49-2021_JANSEEN.pdf*; per Nuvaxovid di Novavax: *https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1613514/DETERMINA_170-2021_NUVAXOVID.pdf*.

[98] V., per quanto riguarda Comirnaty di Pfizer/BioNTech (p. 65 del foglio riassuntivo delle caratteristiche del prodotto – il più recente è aggiornato al 27 gennaio 2022): *https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005389_049269_RCP.pdf&retry=0&sys=m0b1l3*; v. per quanto riguarda Spikevax di Moderna (p. 17 – il più recente è aggiornato al 29 dicembre 2021): *https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005438_049283_RCP.pdf&retry=0&sys=m0b1l3;* v. per quanto riguarda Vaxzevria di AstraZeneca (p. 17 – il più recente è aggiornato al 26 gennaio 2022): *https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_000690_049314_RCP.pdf&retry=0&sys=m0b1l3;* v. per quanto riguarda Janssen di Johnson & Johnson (p. 24 – il più recente è aggiornato al 26 gennaio 2022): *https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_001306_049395_RCP.pdf&retry=0&sys=m0b1l3*.

[99] Citazione testuale dal sito istituzionale A.I.F.A.: *https://www.aifa.gov.it/-/farmaci-con-regime-di-fornitura-limitativo-prescrizione-utilizzazione-e-rimborsabilita*.

[100] Così, testualmente: *https://www.aifa.gov.it/regime-di-fornitura-dei-farmaci*.

Ebbene, da un carteggio reso pubblico intercorso nel mese di dicembre 2021 tra un sindacato di personale di Polizia, il Ministero dell'Interno e l'A.I.F.A.[101], si apprende quale sia la posizione dell'A.I.F.A., appunto, a fronte della avvenuta sottolineatura da parte del sindacato della constatata inosservanza nei centri vaccinali del ritenuto obbligo di prescrizione medica. La risposta dell'A.I.F.A. sul punto è, testualmente, la seguente: le richieste di "ostensione" della prescrizione medica avanzate nell'interesse di appartenenti al sindacato non sarebbero «*fondate né dal punto di vista regolatorio né dal punto di vista scientifico poiché i vaccini autorizzati alla immissione in commercio per il trattamento dell'epidemia da Covid 19 sono medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa (RRL), ai sensi dell'art. 91 del d. lgs. n. 219/2006, ossia sono medicinali "la cui prescrizione o la cui utilizzazione è limitata a taluni medici o a taluni ambienti". Infatti, come riportato nelle relative determine AIFA, si tratta di medicinali "da utilizzare esclusivamente presso le strutture identificate sulla base dei piani vaccinali o di specifiche strategie messe a punto dalla regioni". Pertanto, tale condizione (RRL) è riferita al solo impiego dei vaccini presso le strutture vaccinali e la loro distribuzione è effettuata dalla Struttura commissariale*».

Ora, la risposta fornita dall'A.I.F.A., nel richiamare solo la prima parte dell'art. 91 del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (recante "Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE"), trascura però che la norma in questione (rubricata "Medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa"), dopo la previsione secondo cui «*I medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa sono i medicinali la cui prescrizione o la cui utilizzazione è limitata a taluni medici o a taluni ambienti*», prosegue immediatamente dopo con la dicitura «*in conformità di quanto disciplinato dagli articoli 92, 93 e 94*» e che i richiamati artt. 92, 93 e 94 disciplinano modalità di impiego particolarmente rigorose, quanto agli ambienti dove deve avvenire la somministrazione e/o alla specializzazione del medico somministratore, modalità che non sembrano trovare riscontro nella prassi della campagna vaccinale in corso[102].

---

[101] Cfr. Vilafrate, *Per il vaccino Covid serve la prescrizione medica?*, in *www.studiocataldi.it*, ins. il 4 febbraio 2022. I documenti richiamati (compresa la nota A.I.F.A. n. 0147737 del 17 dicembre 2021) sono reperibili tramite la rete internet digitando: *https://www.cosaproma.it/risposta-nota-aifa.*

[102] L'art. 92 del d. lgs. n. 219 del 2006 disciplina i "*Medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o in strutture ad esso assimilabili*", prescrivendo quanto segue:
«*1. I medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero sono i medicinali che, per le caratteristiche farmacologiche, o per innovatività, per modalità di somministrazione o per altri motivi di tutela della salute pubblica, non possono essere utilizzati in condizioni di sufficiente sicurezza al di fuori di strutture ospedaliere.*
*2. Tenuto conto delle caratteristiche dei medicinali, l'AIFA può stabilire che l'uso dei medicinali previsti dal comma 1 è limitato a taluni centri ospedalieri o, invece, è ammesso anche nelle strutture di ricovero a carattere privato.*
*3. I medicinali disciplinati dal presente articolo devono recare sull'imballaggio esterno o, in mancanza di questo, sul confezionamento primario le frasi: "Uso riservato agli ospedali. Vietata la vendita al pubblico". Nelle ipotesi previste dal comma 2 la prima frase è modificata in rapporto all'impiego autorizzato del medicinale.*
*4. I medicinali disciplinati dal presente articolo sono forniti dai produttori e dai grossisti direttamente alle strutture autorizzate a impiegarli o agli enti da cui queste dipendono ovvero alle farmacie*».

Seppure, infatti, la "bacchetta magica" dell'interpretazione emergenziale potrebbe persino spingersi a trasformare in "carrozza", cioè in ambiente latamente assimilabili ad ospedali, la "zucca" rappresentata da palestre, *roulottes* parcheggiate in prossimità di lidi marittimi e tendoni adibiti a centri vaccinali (con tutto il doveroso rispetto della professionalità dei sanitari che vi operano con indubbia abnegazione), certo non è possibile sostenere, almeno in linea generale, che gli specialisti nelle più disparate discipline mediche incaricati delle funzioni di medico vaccinatore siano "specialisti" nella stringente accezione delle norme richiamate e, dunque, che siano sicuramente in grado di prescrivere in maniera corretta farmaci introdotti con autorizzazione condizionata[103].

L'art. 93 del d. lgs. n. 219 del 2006 disciplina i "*Medicinali vendibili al pubblico su prescrizione di centri ospedalieri o di specialisti*":
«*1. I medicinali vendibili al pubblico su prescrizione di centri ospedalieri o di specialisti sono i medicinali che, sebbene utilizzabili anche in trattamenti domiciliari, richiedono che la diagnosi sia effettuata in ambienti ospedalieri o in centri che dispongono di mezzi di diagnosi adeguati, o che la diagnosi stessa e, eventualmente, il controllo in corso di trattamento sono riservati allo specialista.*
*2. I medicinali di cui al comma 1 devono recare sull'imballaggio esterno o, in mancanza di questo, sul confezionamento primario, dopo le frasi: "Da vendersi dietro presentazione di ricetta medica", o "Da vendersi dietro presentazione di ricetta medica utilizzabile una sola volta", la specificazione del tipo di struttura o di specialista autorizzato alla prescrizione*».
L'art. 94 del d.lgs. n. 2019 del 2006 disciplina i "*Medicinali utilizzabili esclusivamente dallo specialista*":
«1. *I medicinali utilizzabili esclusivamente dallo specialista in ambulatorio sono i medicinali che, per loro caratteristiche farmacologiche e modalità di impiego, sono destinati ad essere utilizzati direttamente dallo specialista durante la visita ambulatoriale*
*2. Lo specialista può utilizzare un medicinale di cui al comma 1 presso il domicilio del paziente, soltanto se la somministrazione dello stesso non necessita di particolari attrezzature ambulatoriali.*
*3. I medicinali disciplinati dal presente articolo devono recare sull'imballaggio esterno o, in mancanza di questo, sul confezionamento primario le frasi: "Uso riservato a...", con specificazione dello specialista autorizzato all'impiego del medicinale, e "Vietata la vendita al pubblico".*
*4. I medicinali disciplinati dal presente articolo possono essere forniti dai produttori e dai grossisti direttamente agli specialisti autorizzati ad impiegarli*».

[103] I vaccini Covid-19 sono stati autorizzati dalla Commissione Europea ai sensi del Regolamento (CE) n. 507/2006, in via condizionata e centralizzata con effetto per tutta l'Unione Europea, con decisioni di esecuzione (indicate in ordine cronologico) consultabili in: per Comirnaty di Pfizer/BioNTech (in data 21 dicembre 2020): *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/h1528.htm*; *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211126154181/anx_15481_it.pdf;* per Spikevax di Moderna (in data 6 gennaio 2021): *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20210106150575/dec_150575_it.pdf*; per Vaxzevria di AstraZeneca (imn data 29 gennaio 2021): *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20210129150842/dec_150842_it.pdf*; per Janssen di Johnson & Johnson (in data 11 marzo 2021): *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20210311151284/dec_151284_it.pdf*; per Nuvaxovid di Novavax (in data 20 dicembre 2021): *https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20211220154520/dec_154520_en.pdf*.
Il regolamento CE n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006 relativo all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d'applicazione del regolamento CE n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio è consultabile in lingua italiana in: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R0507&from=EN*.

Quel che più colpisce, però, è che lo stesso produttore dei farmaci abbia indicato a chiare lettere nei fogli tecnici allegati ai foglietti informativi, la necessità di prescrizione medica[104], prescrizione che si stima non necessaria da parte dell'A.I.F.A., che è tuttavia smentita sul punto da una comunicazione ufficiale del 21 marzo 2021 della Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, che, in occasione del coinvolgimento dei farmacisti nella campagna vaccinale, si è espressa favorevolmente al riguardo sottolineando però la necessità della presenza del medico e della relativa prescrizione[105].

Naturalmente, il senso effettivo del richiamo alla necessità formale della prescrizione medica, peraltro limitativa, non va certo inteso come "carta in più", secondo un costume diffuso nella burocrazia italica, ma quale presupposto imprescindibile ai fini dell'uso consentito dei vaccini, perché tale condizione è stata espressamente prevista "a monte" dagli enti regolatori e dagli stessi produttori dei farmaci. Ciò, del resto, in linea con il tradizionale precetto dell'art. 13 del codice deontologico dei medici che richiama l'attenzione sulla prescrizione dei farmaci quale precipuo momento di assunzione di responsabilità del sanitario, impegnandone la competenza professionale e l'autonomia nel caso specifico[106]: insomma, non "forma" fine a sé stessa ma "forma" avente valore di "sostanza".

La constatazione della eventuale mancanza della necessaria prescrizione limitativa potrebbe, dunque, produrre devastanti effetti "di sistema" sulla legittimità della procedura vaccinale, e ciò sia in presenza di eventuali danni da vaccino sia persino in assenza di danni, in ipotesi riverberando i propri effetti "a valle" sulla correttezza e sulla completezza dell'acquisizione del consenso informato da parte del vaccinando, in ragione della vistosa distonia tra il regime di effettiva somministrazione e le regole dettate al riguardo dagli enti preposti.

## 9. Conclusioni.

In definitiva, l'alluvionale, difficilmente decifrabile[107], al limite dell'incomprensibile anche in ragione dei continui rimandi ad altre disposizioni non meno inintelligibili,

[104] Se ne è dato puntualmente atto alla nota n. 98, cui si rinvia.

[105] La nota ufficiale del 21 marzo 2021 della FNOMCeO, dal titolo Campagna vaccinale anti Covid, Fnomceo: *Garantire sempre e comunque la sicurezza del cittadino: il medico sia presente in ogni sede vaccinale, comprese le farmacie e le parafarmacie*, è consultabile nel sito istituzionale dell'Ente digitando, tramite motore di ricerca, la seguente stringa: *https://portale.fnomceo.it/campagna-vaccinale-anti-covid-fnomceo-garantire-sempre-e-comunque-la-sicurezza-del-cittadino-il-medico-sia-presente-in-ogni-sede-vaccinale-comprese-le-farmacie-e-le-parafarmacie/*.

[106] Per la consultazione dell'art. 13 del Codice di deontologia medica (aggiornato al 6 febbraio 2020) v.: *https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/04/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014-e-aggiornamenti.pdf* .

[107] Il tema del linguaggio oscuro del legislatore, antitetico rispetto al modello auspicato da Montesquieu (*Lo spirito delle leggi*) di poche e chiare leggi, già oggetto di vari studi, non può essere in questa sede utilmente affrontato, stanti i confini del presente contributo: sia sufficiente il richiamo, in linea generale, all'icastico passaggio che vi dedica Cordero ("*Procedura penale*", Milano, 2000, 4), secondo cui «*È una lingua artificiale il diritto, talvolta misteriosa*» e, ampiamente, agli atti del convegno del 15 settembre 2011 presso Palazzo Montecitorio in Roma sul tema "*La buona scrittura delle leggi*", raccolti a cura di Zaccaria, Roma, 2012, ed agli studi dedicati al

produzione normativa di urgenza che ha sinora contraddistinto la campagna vaccinale anti SARS-CoV-2, sia a causa di vistose omissioni di previsioni legislative sia, all'opposto, a causa di bruschi e non ponderati interventi in ambiti assai delicati, involgenti valori di rilievo costituzionale, ed in riferimento a temi che apparivano già "sedimentati", pone una vasta serie di problemi giuridici di non agevole soluzione; tali problemi sembrano aggravati dalle concrete modalità esecutive ed operative da parte dei servizi amministrativi e sanitari preposti.

Inevitabilmente, dunque, per tutte le ragioni che si sono esposte, in presenza di lamentati danni da vaccino, se sia dimostrabile la correlazione causale, e persino in assenza di segnalati danni, ove si censuri la mancata corretta raccolta del consenso informato, si registrerà un massiccio aumento del contenzioso in ambito civile e, con ogni probabilità, anche penale. Il tutto anche con buona pace delle intenzioni, declamate nei convegni e nelle conferenze-stampa, di ridurre il carico giudiziario e di velocizzare i tempi di definizione dei processi.

tema da Ainis, *La legge oscura*, Bari, 2010, e da Italia, *Le leggi: poche, brevi e chiare*, Milano, 2020, oltre che, con specifico riferimento al tema dei provvedimenti approvati a causa dell'emergenza sanitaria, alle riflessioni di Sabino Cassese, *La lingua oscura delle leggi (e i danni chiari a tutta la politica)*, in *Il Corriere della sera*, 8 gennaio 2022, 1-24.

# LA PORTATA DELLA SENTENZA *MAESTRI V. ITALIA*: LE SEZIONI UNITE "NON DECIDONO"

**Annalisa Mangiaracina***

**Sommario: 1.** L'"immediatezza" nel giudizio di appello. – **2.** I principi affermati nella "sentenza *Maestri v. Italia*" – **3.** L'obbligo di esaminare l'imputato in appello: principio generale? – **4.** Verso la "riforma Cartabia".

## Abstract

*Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi sulla applicabilità generale del* dictum *della "sentenza Maestri v. Italia", hanno disposto la restituzione degli atti per una nuova valutazione. Un'occasione mancata?*

*The United Sections of the Supreme Court, called to pronounce on the general applicability of the* dictum *expressed in the "judgment Maestri v. Italia", have return the decision to the Court for a new assessment. A missed opportunity?*

* Professore associato di Diritto processuale penale – Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Palermo.

## 1. L'"immediatezza" nel giudizio di appello.

Con un'ordinanza dello scorso anno, è stata rimessa alle Sezioni Unite[1] «la questione di massima importanza della applicabilità generale del *dictum* della sentenza» resa dalla Corte di Strasburgo nella "causa *Maestri v. Italia*"[2]. La pronuncia – nonostante l'epilogo negativo[3] – ha avuto il merito di mantenere accesi i riflettori su due tematiche in cerca di "stabilità" all'interno del sistema processuale: da un lato, i confini dell'istituto della rinnovazione "obbligatoria" dell'istruzione dibattimentale in appello *ex* art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., e, dall'altro, la portata dei principi affermati dalla Corte europea in casi "analoghi", ma non oggetto di ricorso.

La sentenza *Maestri v. Italia* costituisce la tappa di un più ampio percorso giurisprudenziale[4] che ha richiamato l'attenzione dei giudici nazionali sul valore del principio di immediatezza anche nel giudizio di appello, qualora si intenda procedere all'*overturning* di una decisione di proscioglimento, sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa.

A tenore di un indirizzo consolidato[5], allorché il secondo organo giudicante sia chiamato a riesaminare il caso sia in fatto sia in diritto, avendo il potere di decidere in merito all'innocenza o alla responsabilità penale dell'imputato, non è possibile «*properly determine those issues without a direct assessment of the evidence*». Da ciò discende la non conformità al "*fair trial*" del processo che in sede di appello conduca alla condanna dell'imputato, in precedenza assolto, sulla base di una rivalutazione esclusivamente cartolare dell'attendibilità delle testimonianze assunte nel primo grado, senza passare attraverso la diretta audizione dei testi. Essendo la valutazione sulla credibilità del testimone un'operazione "complessa", che non può esaurirsi nella mera lettura solitaria delle dichiarazioni verbalizzate, coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o innocenza di un accusato dovrebbero – "in linea di principio", salvo alcune eccezioni – essere in grado di ascoltare personalmente i dichiaranti per valutarne al meglio la credibilità[6].

---

1 Cass., Sez. I, ord. 21.9.2021, n. 45179, Mannucci.

2 C. eur. dir. uomo, 8.7.2021, *Maestri v. Italia*. Per un commento v. Cardamone, Reformatio in peius *in appello e processo equo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo da Dan c. Moldavia a Maestri ed altri c. Italia*, in *QG*, 7.9.2021.

3 Cfr. Cass., Sez. Un., 17.1.2022, Mannucci, con la quale è stata disposta la restituzione degli atti, ai sensi dell'art. 172 disp. att. c.p.p., per una nuova valutazione della questione.

4 Particolare rilievo ha assunto C. eur. dir. uomo, 5.7.2011, *Dan v. Moldavia*, sulla quale v., in particolare, Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *AP*, 2012, n. 2.

5 Cfr., tra le tante, C. eur. dir. uomo, 26.6.2012, *Găitanăru v. Romania*; Id., 24.7.2012, *D.M.T. e D.K.I. v. Bulgaria*; Id., 5.3.2013, *Manolachi v. Romania*; Id., 4.6.2013, *Hanu v. Romania*; Id., 5.9.2015, *Moinescu v. Romania*; Id., 22.9.2015, *Nitulescu v. Romania*; Id., 5.7.2016, *Lazu v. Repubblica di Moldavia*; Id., 28.2.2017, *Manoli v. Repubblica di Moldavia*; Id., 29.6.2017, *Lorefice c. Italia*; Id., 25.3.2021, *Di Martino e Molinari v. Italia*. Sul tema v., per tutti, Marandola, *L'appello riformato*, Milano-Padova, 2020, 168 ss.

6 Cfr., per ulteriori approfondimenti, volendo, Mangiaracina, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *AP*, 2020, n. 3.

## 2. I principi affermati nella "sentenza *Maestri v. Italia*".

Nella specie, la condanna europea a carico dell'Italia per la violazione dell'art. 6, § 1, C.e.d.u è derivata dalla mancata rinnovazione, da parte della Corte d'appello, dell'esame dell'imputato assolto in primo grado e poi condannato in seconda istanza. Sin qui, si potrebbe constatare, nulla di nuovo rispetto a quanto rappresenta un orientamento oramai consolidato e ampiamente condiviso, come osserva la stessa Corte di Cassazione nel provvedimento di restituzione degli atti. La giurisprudenza interna[7], infatti, ha rimarcato la necessità per il giudice dell'appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione della prova dichiarativa in caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità della dichiarazione ritenuta decisiva, senza operare distinzioni in ragione della qualità soggettiva del dichiarante. In particolare, ciò vale, secondo i giudici di legittimità: «a) per il testimone "puro"; b) per quello c.d. assistito; c) per il coimputato in procedimento connesso; d) per il coimputato nello stesso procedimento (fermo restando che, in questi ultimi due casi, l'eventuale rifiuto di sottoporsi all'esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato); e) per il soggetto "vulnerabile" (...); f) per l'imputato che abbia reso dichiarazioni "in causa propria"» e persino per il testimone "esperto"[8]. Analogo obbligo non si configura, invece, per l'assunzione delle dichiarazioni spontanee, *ex* art. 494 c.p.p., rimesse alla libera scelta dell'imputato e «non acquisibili d'ufficio altrimenti determinandosi una palese violazione del diritto al silenzio e del diritto di difesa»[9].

Secondo le affermazioni della Corte europea, perché il diritto dell'imputato ad essere ascoltato dalla giurisdizione di merito, su fatti e questioni determinanti per l'accertamento della colpevolezza, sia soddisfatto, non è sufficiente la citazione all'udienza di appello ai sensi dell'art. 601 c.p.p.: del resto, non può che osservarsi come si tratti di adempimento funzionale a mettere il soggetto unicamente nelle condizioni di conoscere la data dell'udienza e decidere se partecipare o meno al "proprio" processo. Pertanto, spetta «alle autorità giudiziarie adottare tutte le misure positive idonee a garantire l'audizione dell'interessato, anche se quest'ultimo non ha assistito all'udienza, non ha chiesto di essere autorizzato a prendere la parola dinanzi alla giurisdizione di appello e non si è opposto, tramite il suo avvocato, a che quest'ultima emetta una sentenza sul merito».

Ciò significa che la Corte d'appello dovrà disporre una specifica *vocatio* per procedere all'audizione dell'imputato, sotto forma di esame – mezzo di prova che non ammette equipollenti – qualora le sue dichiarazioni siano considerate "decisive": soltanto in questa situazione, il mancato consenso o la non presentazione all'udienza appositamente fissata per l'audizione, potranno configurare una rinuncia al diritto di difesa (§ 58), pienamente legittima. A tal fine, si è osservato[10], basterebbe integrare

---

[7] Cass., Sez. IV, 2.10.2019, n. 46210, Giombini, in *CED Cass.*, n. 277870; Cass., S.U., 28.4.2016, n. 27620, Dasgupta, *ivi*, 267488.

[8] Cass., S.U., 28.1.2019, n. 14426, Pavan, in *CED Cass.*, n. 275112.

[9] Cass., Sez. II, 6.10.2016, n. 51983, Sall, in *CED Cass.*, n. 268524.

[10] Mori, *Di nuovo alle Sezioni Unite una questione sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di soggetti diversi dai ricorrenti vittoriosi a Strasburgo: note a margine dell'ordinanza 45719/2021 Cass Pen. Sez. I, Mannucci*, in *Giustizia insieme (web)*, 11/2/2022.

il contenuto del decreto di citazione del giudizio di appello con un formale avviso. È da notare che la decisività delle dichiarazioni, nel caso esaminato dai giudici europei, rilevava non già per procedere a una diversa ricostruzione degli elementi fattuali, ma ai fini dell'apprezzamento, per la prima volta, dell'elemento soggettivo del reato, nella specie dell'associazione a delinquere (§ 52): una prospettiva che tiene conto della difficoltà di operare una separazione tra fatti e interpretazione giuridica, spesso inestricabilmente connessi tra loro[11].

## 3. L'obbligo di esaminare l'imputato in appello: principio generale?

Riscontrata la violazione convenzionale, sul versante dei rimedi, il mezzo adeguato per ripararvi non potrà che essere – come esplicitato dalla stessa decisione europea – la celebrazione di un nuovo processo, ovvero una riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato. Il ricorrente vittorioso a Strasburgo potrà quindi accedere, nell'ordinamento interno, alla revisione "europea" [12], di matrice costituzionale: istituto che, com'è noto, ha generato molteplici questioni interpretative, più di quante non ne abbia risolte, soprattutto riguardo alla posizione dei c.d. fratelli minori vittime di violazioni processuali analoghe a quelle già riscontrate in un altro caso dalla Corte europea[13].

In questo contesto si inserisce lo snodo più delicato dell'ordinanza di rimessione: chiarire la portata che la "sentenza *Maestri v. Italia*", dalla quale deriva un obbligo di adeguamento da parte dei giudici nazionali, quantomeno sul piano interpretativo, potrà avere nell'ambito di altri procedimenti pendenti davanti alle corti di merito. E non solo. Ancorché la regola di diritto contenuta nelle singole decisioni europee non si estenda a soggetti estranei al giudizio – a meno che non si tratti di sentenze "pilota", adottate in virtù dell'art. 61 del Regolamento della Corte – come rileva il remittente, esistono "sentenze di portata generale", capaci di riverberare i propri effetti anche verso soggetti diversi dal ricorrente. A tale riguardo, i giudici di legittimità hanno richiamato la pronuncia delle Sezioni Unite[14] che ha chiuso la tormentata vicenda processuale dei c.d. fratelli minori di "Contrada": nell'occasione, il Supremo consesso, pur giungendo a conclusioni di segno negativo, non ha sbarrato in modo netto la strada ad un'applicazione *erga alios* di una decisione europea che abbia accertato una violazione convenzionale, purché ricorrano determinate condizioni. In particolare – al di là del già menzionato caso di sentenza "pilota", adottata in conformità all'art.

---

[11] C. eur. dir. uomo, 16.7.2019, *Júlíus* Þór *Sigurþórsson v. Islanda*, § 37.

[12] Corte cost., sent. 7.4.2011, n. 113. Sulla portata della sentenza, v., per tutti, Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u. e revisione del processo penale. Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma, 2012, 148 ss.; Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *CP*, 2011, 3308.

[13] Per un'ampia ricostruzione dell'istituto v., per tutti, Lavarini, *Il sistema dei rimedi* post-iudicatum *in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019.

[14] Cfr. Cass., Sez. Un., 24.10.2019, n. 8544, Genco, in *CP*, 2019, p. 2259 ss., con il commento critico di Maggio, *La prevedibilità col 'vestito di carta': le Sezioni Unite escludono la portata generale della sentenza Contrada c. Italia n. 3*. In favore della tesi restrittiva v. Geraci, *L'impugnativa straordinaria per la violazione della CEDU accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie*, Torino, 2016, 79; Gialuz, *Il giudizio di revisione*, in Lupària Donati (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, 612.

61 del Regolamento della Corte – occorre che la pronuncia europea abbia espressamente rintracciato una violazione di carattere strutturale o sistemico imputabile allo Stato italiano, la cui rimozione imponga l'adozione delle misure di carattere generale o individuale adeguate. Ovvero, ancora – ed è qui il passaggio che più rileva – bisogna che la Corte abbia, anche se solo implicitamente, riconosciuto l'esistenza di una violazione di portata generale[15]. E ciò purché la sentenza recante la statuizione capace di rivestire "valore generale e di principio" possa dirsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata, secondo i parametri delineati dalla Corte costituzionale[16].

Ebbene, è vero che la Corte europea nella "sentenza Maestri" non ha ravvisato una violazione sistematica e strutturale, ma ha comunque individuato, secondo il remittente, «un *vulnus* sia procedurale che sostanziale, laddove non vi sia stata apposita citazione dell'imputato per l'esame innanzi al giudice d'appello prima di essere condannato, per la prima volta, a seguito di un giudizio di primo grado definito con pronuncia di assoluzione». Ora, diventa quindi rilevante comprendere la portata del principio affermato, per la sua capacità di produrre effetti sia prima della formazione del giudicato nazionale, sia successivamente, eventualmente aprendo anche al terzo la possibilità di accedere alla revisione "europea", come ad oggi strutturata.

Sul versante del *modus procedendi* seguito dalla Corte di cassazione, la rimessione alle Sezioni Unite era l'unica strada percorribile, in alternativa all'investitura della Corte costituzionale, atteso che l'Italia non può avvalersi delle potenzialità aperte dal Protocollo n. 16 alla C.e.d.u.[17], in vigore dal 1° agosto 2018 per gli Stati che hanno già concluso l'*iter* di ratifica (tra i quali l'Italia non è inclusa)[18]. Questo strumento, nella prospettiva di un più fecondo dialogo tra Corti, consente infatti alle giurisdizioni superiori di uno Stato parte di richiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo pareri consultivi (*advisory opinions*), seppure non vincolanti, su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Conven-

[15] In termini critici verso questo approccio v., da ultimo, Mori, *Di nuovo alle Sezioni Unite una questione sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di soggetti diversi dai ricorrenti vittoriosi a Strasburgo: note a margine dell'ordinanza 45719/2021 Cass Pen. Sez. I, Mannucci*, cit., la quale lamenta l'inadeguatezza «di parametri rigidi e, in particolare, di quelli che la giurisprudenza ha cercato di cristallizzare negli ultimi anni per individuare gli effetti espansivi, o indiretti, delle sentenze della Corte europea».

[16] Cfr. Corte cost., sent. 26.3.2015, n. 49, che ha individuato i seguenti criteri negativi da impiegare a tal fine: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (sent. n. 49/2015). Considera la sentenza come portatrice di un «nazionalismo costituzionale esasperato», A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Rivista diritti comparati*, 7.5.2015, 9.

[17] Conti, *Il Protocollo di dialogo fra Alte Corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *QG*, 30.1. 2019; Ruggeri, *Protocollo 16* funere mersit acerbo, in *Giust. insieme*, 22.10.2020.

[18] V., tra i tanti, Conti, *Chi ha paura del Protocollo 16- e perché?*, in *Sist. pen.*, 27.12.2019.

zione o dai suoi Protocolli, contribuendo, di riflesso, a ridurre il contenzioso davanti alla Corte di Strasburgo.

## 4. Verso la "riforma Cartabia".

Come si è anticipato, la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha disposto la restituzione degli atti ritenendo, tra l'altro, di non potere convenire con i giudici rimettenti sul fatto che la Corte europea «abbia enunciato un principio di diritto vincolante in linea di principio e cioè a prescindere dalla specifica situazione processuale». A questo punto per comprendere come orientarsi in casi nei quali non si sia formato il giudicato "europeo", occorrerà aspettare l'attuazione dei criteri di delega contenuti nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia, in relazione all'introduzione di un rimedio *ad hoc* per riparare alle violazioni convenzionali[19]. Con l'art. 1, comma 13, lett. *o*), infatti, si invita il potere esecutivo ad adottare dei decreti legislativi che tocchino anche le impugnazioni straordinarie, introducendo uno strumento davanti alla «Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio». Il giudice di legittimità dovrebbe avere «il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo»; infine, occorrerebbe coordinare il nuovo rimedio «con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale».

Si tratta di poche direttive, a tratti di difficile decodificazione, che richiederanno un notevole impegno da parte dei delegati. In particolare, secondo il testo normativo, il nuovo rimedio potrà essere attivato davanti al giudice della nomofilachia, entro un termine perentorio. Alla Corte di Cassazione spetterà quindi interpretare la sentenza del giudice di Strasburgo dandole attuazione «con un annullamento senza rinvio (laddove si tratti solo di modificare la pena o di assolvere in tutto o in parte il ricorrente a Strasburgo), oppure con un annullamento con rinvio (nel caso in cui risulti indispensabile riaprire il processo)» [20]. Sul versante della legittimazione, l'istituto di nuovo conio potrà essere attivato soltanto da parte del "ricorrente": locuzione che sgombera il campo da ogni dubbio rispetto alla volontà di escludere i c.d. fratelli

[19] Per interessanti spunti critici v. Parlato, *Verso la revisione europea 2.0*, in Marandola (a cura di), *"Riforma cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Milano, 2022, 263 ss.

[20] In questi termini la Relazione finale della «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», 24.5.2021, consultabile in www.giustizia.it, 41. Sulla portata del rinvio da parte della Corte di cassazione v. le considerazioni di Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in Geraci-Scalfati (a cura di), *Analisi della c.d. Riforma Cartabia (l. n. 134 del 2021)*, in *PPG*, 2022, n. 1, 192 ss.

minori del ricorrente vittorioso a Strasburgo[21]. Ebbene, questi soggetti – secondo la prospettazione della "Commissione Lattanzi" – potrebbero trovare tutela nel coinvolgimento della Corte costituzionale, sollecitata proprio dalla Corte di Cassazione[22]. Quest'ultima, rilevato un problema di portata generale dell'ordinamento, potrebbe sollevare immediatamente una questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla decisione di Strasburgo, agendo "in prevenzione". A quel punto, sulle orme del noto "caso Ercolano"[23], intervenuta la declaratoria di illegittimità, i "fratelli minori" potrebbero rivolgersi al giudice dell'esecuzione[24]: opzione che attualmente sembrerebbe però limitata alle sole violazioni di natura sostanziale. Rimangono nell'ombra le questioni relative alla posizione dei non ricorrenti a Strasburgo che siano vittime di violazioni procedurali analoghe a quelle già riscontrate dalla Corte europea, i quali sembrano lasciati sprovvisti di tutela. Da questa prospettiva, la decisione delle Sezioni Unite di restituire gli atti perché si proceda ad un nuovo vaglio ha mancato di offrire un impulso alla definizione dei contorni dell'istituto che verrà. Allo stato, non resta che attendere i decreti delegati ma, prima ancora, auspicare la ratifica del Protocollo n. 16.

[21] Gialuz, *La tendenza espansiva della revisione*, in Canzio, Bricchetti (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Milano, 2019, 609, aveva suggerito, sulla falsariga del modello belga, di riconoscere l'accesso al nuovo rimedio ai soggetti non ricorrenti a Strasburgo, ma condannati con la stessa sentenza, della quale subiscano le conseguenze.

[22] Confalonieri, *La "giustizia del cadì": gli effetti delle pronunce sovranazionali sul giudicato penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, n. 2, 176 ss.

[23] Cass., S.U., 24.10.2013, n. 18821, Ercolano, in www.dejure.it. V., tra i molti, Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 1, 250 ss.

[24] In questi termini v. la Relazione finale della «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», cit., 41.

# SUCCESSIONE DI LEGGI PROCESSUALI IN MATERIA DI TABULATI: *TEMPUS REGIT ACTUM*?

Corte di cassazione, Sez. V, sentenza 13 gennaio 2022, n. 1054, Sabeone Presidente – Pezzullo Relatore – Di Leo P.M. (parz. diff.)

**Fabrizio Demartis***

**Sommario: 1.** Premessa. – **2.** Il quadro normativo e giurisprudenziale antecedente alla novella. – **3.** L'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea. – **4.** L'innovata disciplina della *data retention*. – **5.** Quale regime transitorio? – **6.** La sopraggiunta disciplina transitoria come scelta di compromesso. – **7.** Conclusioni.

*In tema di acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico, la disciplina introdotta dall'art. 1 del d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv. in l. 23 novembre 2021, n. 178 – che ne limita la possibilità di acquisizione, ai fini di indagine penale, ai reati più gravi, o comunque commessi col mezzo del telefono, attraverso il filtro del provvedimento motivato del giudice – non è applicabile ai dati già acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, trattandosi di disciplina di natura processuale (massima ufficiale).*

## Abstract

*Con la pronuncia in commento – adottata prima che la legge di conversione istituisse un apposito regime transitorio – la Corte di cassazione ha escluso che la novella in materia di tabulati, in quanto legge processuale, possa trovare applicazione con riguardo ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del d.l. 30 settembre 2021, n. 132. Tuttavia, con riguardo alla tematica in esame, il ricorso al principio del* tempus regit actum *– che fa salve le acquisizioni dei dati del traffico effettuate con provvedimento del pubblico ministero, in assenza di un controllo del giudice – non permette di prestare ossequio alle indicazioni date, in più occasioni, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.*

*With the ruling in question – which was adopted before the conversion law set up a special transitional regime – the Corte di cassazione ruled that the new law on phone records, as a procedural law, could not be applied to proceedings that were still pending on the date on which Law Decree no. 132 of September 30, 2021 came into effect. However, with regard to the issue in question, the application of the principle of tempus regit actum – which ensures that, in those proceedings, the acquisition of traffic data carried out by order of the public prosecutor, in the absence of a judge's review, remain valid – does not allow to comply with the indications given, on several occasions, by the Court of Justice of the European Union.*

* Avvocato e dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Diritto processuale penale presso l'Università di Cagliari.

## 1. Premessa.

Com'è noto, il d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 novembre 2021, n. 178, ha profondamente innovato la disciplina in materia di tabulati[1] contenuta nell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *privacy*)[2]. L'elemento di novità maggiormente significativo – sulla scorta di quanto ribadito, per l'ennesima volta, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel marzo del 2021[3] – è che il rilascio dei dati relativi al traffico telefonico e telematico deve avvenire previa autorizzazione da parte del giudice. In questo modo, il pubblico ministero, che fino a pochi mesi fa era il *dominus* di tale procedura, è privato di tale prerogativa. Nel contempo, il legislatore ha operato una serie di interpolazioni che, come si dirà a seguire, hanno portato ad un radicale stravolgimento della precedente disciplina[4].

A modifiche di così ampio rilievo si è immediatamente accompagnato il dibattito su quale fosse il regime di utilizzabilità, nei procedimenti in corso, dei tabulati acquisiti dal pubblico ministero sulla base della disciplina previgente[5]. Di fronte all'al-

---

[1] Per un inquadramento generale della materia, tra i vari, si segnalano: Andolina, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, *passim*; Ead., *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *AP*, 2020, III; Fanuele, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, Milano, 2019, 163 ss.; Filippi, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali*, Pisa, 2021, 49 ss.; Flor, Data retention *ed art. 32 cod.* privacy: vexata quaestio *(?)*, in *Arch. dpc.*, 2017; Lupària, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul* serio, in *Dir. e internet*, 2019, 757; Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP*, 2015, 760; Riccardi, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra "*privacy*" e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in *Arch. dpc.*, 2016; Tavassi, *Acquisizione di tabulati, tutela della* privacy *e rispetto del principio di proporzionalità*, in *www.archiviopenale.it*; Vasta, *Tracciamento elettronico e tabulati telefonici: anche l'Italia a rischio condanna?*, in *RIDPP*, 2018, 985.

[2] Tale disposizione contiene la disciplina ordinaria in materia di *data retention.* L'art. 24 l. 20 novembre 2017, n. 167, reca, invece, una disciplina speciale in materia di tabulati, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto al terrorismo, anche internazionale.

[3] C. giust., Grande Camera, 2.3.2021, H.K. c. / *Prokuratuur*, C-746/18. Da ultimo – successivamente alla redazione del presente contributo – la Corte del Lussemburgo è nuovamente intervenuta sulla materia dei tabulati. V. C. giust., Grande Camera, 5.4.2022, G.D. c./ *The Commissioner of the Garda Síochána* e a, C-140/20.

[4] Si veda *infra* § 4. Oltre che sulla materia dei tabulati, la legge di conversione è intervenuta anche sul tema delle intercettazioni di comunicazioni mediante *virus trojan*, aggiungendo un aggettivo specificativo nell'art. 267, comma 1, c.p.p., per cui ora il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile deve indicare "le specifiche ragioni" che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini.

[5] Tra i primi commentatori, l'opinione prevalente era che nell'ambito dei procedimenti pendenti, in assenza di una disciplina transitoria, i dati esterni del traffico già acquisiti dovessero considerarsi utilizzabili per effetto del principio *tempus regit actum.* Di tale avviso: Battarino, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *www.questionegiustizia.it*; Gittardi, *Sull'utilizzabilità dei dati del traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30*

ternativa secca tra l'inutilizzabilità *tout court* degli stessi e l'impiego incondizionato dei dati già acquisiti, dopo una tormentata vicenda, il legislatore ha optato per una terza via, ossia per l'utilizzabilità degli stessi a carico dell'imputato solo «unitamente ad altri elementi di prova», e soltanto per i reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni ovvero reati di minaccia, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo siano "gravi"[6].

Tale inciso, tuttavia, è stato aggiunto solo in sede di conversione (art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 178/2021), mentre non era ancora in vigore nel momento in cui il Supremo Collegio si è riunito in camera di consiglio per adottare la decisione in commento.

Nella vicenda in esame, i giudici di legittimità – sollecitati dal difensore del ricorrente a dichiarare l'inutilizzabilità delle "acquisizioni telefoniche e telematiche" in atti in ragione dell'entrata in vigore dell'art. 1 d.l. n. 132/2021 che ha modificato l'art. 132 del Codice della *privacy* – hanno escluso che la nuova disciplina in materia di tabulati possa trovare applicazione nell'ambito dei procedimenti in corso. In particolare, la Corte di cassazione ha ribadito che, non essendo prevista alcuna disciplina intertemporale applicabile ai dati di traffico telefonico o telematico già acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge, «in mancanza di diverse disposizioni deve ritenersi operante il principio *tempus regit actum*, trattandosi di disciplina di natura processuale». Muovendo da tale assunto, nella motivazione viene affermato che, in applicazione del principio *tempus regit actum*, «devono ritenersi pienamente utilizzabili i dati del traffico telefonico e telematico di cui al presente procedimento, essendo stati tali dati acquisiti e trasmessi in base ad un

*settembre 2021*, in *www.giustiziainsieme.it*; Pestelli, *D.l. 32/2021: un discutibile ed inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *www.quotidianogiuridico.it*. Con riguardo alle problematiche connesse all'utilizzabilità dei dati del traffico telefonico e telematico che siano stati acquisiti in precedenza e al di fuori delle condizioni fissate dal d.l. n. 132/2021, pur escludendosi la sua retroattività, è stato osservato che potrebbero prospettarsi questioni sollevabili davanti alle Corti sovranazionali; cfr. Spangher, Data retention*: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *GD*, 2021, n. 39, 11.; Natalini, *Misure urgenti in tema di acquisizione di dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine* penale, Rel. n. 55/2021, in *www.cortedicassazione*.it, che, tra le varie ipotesi, prospetta anche quella di un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. In senso contrario, invece, secondo una posizione sostenuta successivamente alla sentenza C. giust., Grande Camera, 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 e C-594/12, i tabulati già acquisiti si sarebbero dovuti considerare «privi di effetti ed il giudice penale investito di qualunque domanda (cautelare o di merito) [...] avrebbe dovuto espungere que[gli] att[i] dal materiale decisorio»; cfr. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP*, 2015, 781. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen. Sez. V, 9.12.2021, n. 45275, Rv. 282287, ha ribadito che, «In tema di acquisizione dei tabulati di comunicazioni telefoniche o telematiche, richiesta dal pubblico ministero prima all'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 30 settembre 2021, non è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dichiari non luogo a provvedere per essere competente il pubblico ministero ai sensi dell'art. 132, d.lgs n. 196 del 30 giugno 2003»; (in motivazione, la Corte ha evidenziato che non sussiste contrasto con la sentenza CGUE del 2 marzo 2021, nella causa C-746/18, poiché il legislatore, con riferimento al momento in cui è stato adottato il provvedimento, non aveva ancora trasfuso in legge i principi delineati dal giudice comunitario).

[6] Si rinvia al § 6.

provvedimento legittimamente emesso in conformità al contenuto dell'allora vigente art. 132 del codice della *privacy*».

Come anticipato, la sentenza in epigrafe non offre un quadro aggiornato del tessuto normativo attualmente vigente, cosicché potrebbe apparire ormai superata in quanto pronunciata prima che la legge di conversione introducesse la disposizione transitoria. Tuttavia, la vicenda in esame riguardava un reato di omicidio, ossia una di quelle fattispecie criminose che, secondo la nuova disciplina, consentono l'utilizzo, nei confronti dell'imputato, unitamente ad altri elementi di prova, dei tabulati acquisiti secondo il previgente regime, in assenza dell'autorizzazione di un giudice.

In questo modo viene gravemente compromessa la riservatezza dei cittadini e si fanno salvi i dati acquisiti per anni dal pubblico ministero, in spregio alla Costituzione[7] e alla normativa europea[8].

## 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale antecedente alla novella.

Prima dell'ultimo intervento legislativo[9] – realizzato dal nell'ottica di porre un rimedio al lapidario contrasto con il diritto europeo ripetutamente denunciato dalla Corte del Lussemburgo[10] – il Codice della *privacy* attribuiva al pubblico ministero la legittimazione esclusiva ad acquisire i dati telefonici o telematici[11], anche nel caso di istanza del difensore dell'imputato, dell'indagato, della persona offesa e delle altre parti private[12]. In questo modo venivano riconosciuti al pubblico ministero poteri inci-

---

7 C. cost., 17.07.1998, n. 281, ha stabilito che la materia in esame deve ricomprendersi nelle garanzie di cui all'art. 15 Cost. Ne consegue che deve essere soddisfatta sia la riserva di legge che la riserva di giurisdizione.

8 Cfr. Filippi, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in questa *Rivista*; Malacarne, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in *www.sistemapenale.it.*

9 In origine la materia era contraddistinta dal vuoto legislativo, successivamente colmato, seppur in minima parte, dal regolamento 95/46/CE (poi abrogato dal Reg. UE 2016/679 c.d. GDPR), che si occupava del tema del trattamento dei dati personali. Nei primi anni duemila fu dettata una apposita disciplina contenuta nella Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, (Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). Più tardi intervenne la Dir. 2006/24/CE (C.d. Direttiva Frattini), che fu dichiarata invalida dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (C. giust., Grande Camera, 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 e C-594/12). Per un quadro complessivo delle modifiche maturate nel corso del tempo, si veda Filippi, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in *Procedura penale, teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Milano, 2015, 1131. In argomento si vedano anche: Filippi, *Intercettazione*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 985; De Leo, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella prospettiva europea*, in *DPP.*, 2002, 1015.

10 In precedenza: C. giust., 6.10.2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* e al., C 623/17; C. giust., 2.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16; C. giust., 2.12.2016, *Tele2 e Whatson*, cause riunite C-203/15 e C-698/15; C. giust., 8.04.2014, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12.

11 In precedenza, la legge italiana stabiliva che i dati erano acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice, su istanza delle parti.

12 Tale normativa ricalcava la previgente prassi processuale per cui il P.M. acquisiva il tabulato telefonico con proprio decreto *ex* art. 256 c.p.p.

denti sulla vita privata e sull'"inviolabile" libertà e segretezza delle comunicazioni che il diritto europeo e l'art. 15 Cost. affidano al giudice[13].

Ciononostante, la giurisprudenza nazionale, in più occasioni, ha escluso che vi fossero elementi di contrasto tra il diritto europeo e la disciplina nazionale che legittimava il pubblico ministero, anziché il giudice, all'acquisizione dei dati[14]. Al riguardo si è detto che le sentenze europee, nelle versioni in lingua originale, fanno riferimento al necessario intervento di un'"autorità giudiziaria", non prescrivendo esclusivamente l'autorizzazione del giudice, come, invece, viene richiesto nelle traduzioni in lingua italiana[15].

Ma i profili di contrasto non riguardavano la sola legittimazione ad acquisire i dati esterni delle comunicazioni, estendendosi anche alla mancata previsione dei "casi" – col risultato che la conservazione risultava «generalizzata e indifferenziata»[16] – e dei termini di conservazione dei dati da parte dei gestori, che erano in precedenza, e continuano tuttora ad essere, veramente eccessivi. Com'è noto, il quadro complessivo della disciplina della *data retention* – sia in passato che ora – si articola secondo una sorta di "quadruplice binario" a seconda del tipo di reato perseguito[17]. 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. 20.11.2017, n. 167. Tuttavia, 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.

## 3. L'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Con la menzionata sentenza del mese di marzo, la Corte del Lussemburgo – conformemente ad alcuni precedenti del medesimo segno[18] – ribadì come l'elevata ca-

[13] C. cost., 17.07.1998, n. 281. Cfr. Filippi, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in questa *Rivista.*

[14] La Corte di cassazione, invece, ha sempre ritenuto conforme la disciplina interna alla normativa europea, sostenendo che fosse l'autorità giudiziaria, ma non necessariamente il giudice, a dover autorizzare l'accesso ai tabulati; cfr. Cass. pen., Sez. II, 13.2.2020, n. 5741, Rv. 278568; Cass. pen., Sez. III, 2.12.2019, n. 48737, Rv. 277353; Cass. pen., Sez. V, 19.7.2018, n. 33851, Rv. 273892.

[15] La Corte di cassazione ha ribadito in più occasioni che "un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente" viene richiesto solo nelle traduzioni in lingua italiana, mentre nelle versioni in lingua francese delle sentenze, «è stato adoperato il termine *juridiction,* riferibile quindi alla magistratura francese nel suo complesso, composta da giudici e da pubblici ministeri *(magistrats du parquet)*». Si vedano al riguardo: Cass. pen., Sez. V, 19.7.2018, n. 33851, Rv. 273892; Cass. pen., Sez. III, 23.8.2019, n. 36380; Cass. pen., Sez. III, 2.12.2019, n. 48737, Rv. 277353.

[16] C. giust., Grande Camera, 2.3.2021, H.K. c. / *Prokuratuur*, C-746/18.

[17] Cfr. Filippi, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, cit., in questa *Rivista*; Spangher, Data retention*: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *GD*, 2021, n. 39, 11.

[18] C. giust., 8.04.2014, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12; C. giust., 2.12.2016, *Tele2 e Whatson*, cause riunite C-203/15 e C-698/15; C. giust., 2.10.2018, *Ministerio Fi-*

pacità intrusiva dei tabulati possa consentire una limitazione dei diritti di cui agli artt. 7, 8 e 11 della Direttiva 2002/58/CE, nonché dell'art. 52, § 1 della Carta di Nizza, solo qualora risulti circoscritta, previo controllo da parte di un «giudice ovvero di un'autorità amministrativa indipendente»[19].

La Grande Camera della Corte giustizia 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[20], 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[21]. Infatti, come già rilevato in passato, l'accesso a un insieme di dati relativi al traffico o all'ubicazione risulta idoneo a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate; ne consegue che è vietata la loro conservazione generalizzata e indifferenziata.

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. In altri termini, il principio di proporzionalità impone che sia la categoria o le categorie di dati interessati, sia la durata per la quale è richiesto l'accesso a questi ultimi, debbano essere limitate, in funzione delle circostanze del caso di specie, a "quanto è strettamente necessario" ai fini dell'indagine in questione.

Ma la Corte del Lussemburgo, nella sua più autorevole composizione, oltre ad occuparsi del principio di proporzionalità, prese posizione anche in merito ai soggetti legittimati ad acquisire i tabulati del traffico telefonico e telematico. Al riguardo, la Corte concluse dichiarando che l'art. 15, § 1, della Direttiva 2002/58/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, § 1, della Carta, deve essere interpretato nel

---

*scal*, C-207/16; C. giust., 6.10.2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* e al., C-623/17.

[19] C. giust., 8.04.2014, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12; C. giust., 2.12.2016, *Tele2 e Whatson*, cause riunite C-203/15 e C-698/15; C. giust., 2.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16; C. giust., 6.10.2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* e al., C-623/17.

[20] In dottrina, tra i vari, si veda sull'argomento Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in Aa.Vv., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale* (atti del XXXII Convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018), Milano, 2019, 56 ss.

[21] È stato osservato che nell'alveo dell'art. 8 CEDU devono ricomprendersi anche i "dati esterni" delle comunicazioni (i c.d. tabulati). La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'utilizzazione, come mezzo di prova, delle informazioni relative alle date, alle utenze contattate e alla durata delle comunicazioni intacca il diretto al rispetto della vita privata al pari delle intercettazioni telefoniche e può essere effettuata solo in presenza di analoghe condizioni (rispetto a queste ultime); v. Corte edu, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*; Corte edu, 1 marzo 2007, *Heglas c. Repubblica Ceca*. Al riguardo si vedano: Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in (a cura di) Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017, p.171 ss. Si veda anche Lupària, *Diritto alla* privacy, in Aa.Vv. *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale* (atti del XXXII Convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018), Milano, 2019, 97 ss.

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 all'ubicazione ai fini di un'istruzione penale.

## 4. L'innovata disciplina della *data retention.*

È stata proprio la qualificazione del pubblico ministero come "parte" processuale[22] – con conseguente, carenza dei requisiti di imparzialità che l'ordinamento sovranazionale impone per accedere ai tabulati[23] – a determinare il cambio di rotta nella legislazione interna.

Con l'entrata in vigore del d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 23 novembre 2021, n. 178, la disciplina sulla conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico è andata incontro ad una vera e propria "rivoluzione copernicana" che ha determinato il superamento di alcuni punti fissi che si rinvenivano nella normativa previgente; tuttavia, il legislatore non ha seguito integralmente il monito della Corte del Lussemburgo, dal momento che sono rimasti immutati i termini di conservazione dei dati e che non è stata riconosciuta una espressa tutela ai dati di "ubicazione" conservati dal gestore[24].

Come anticipato, il pubblico ministero – che fino a pochi mesi or sono decretava il rilascio dei tabulati – è stato esautorato da detta incombenza, potendo ora limitarsi a richiedere, al pari del difensore, l'autorizzazione al giudice per il rilascio dei dati.

Il vero *dominus* della procedura, quindi, è diventato il giudice, il quale ha ora il compito di acquisire i tabulati, qualora sussistano i presupposti.

Oltre ad essere mutato il principale protagonista di tale procedura, la novella ha finalmente previsto l'introduzione di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione che tenta di attuare il principio di proporzione avallato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel mese di marzo dello scorso anno.

Ed infatti, l'art. 132, d.lgs. n. 196/2003, sulla scia di quanto previsto dal codice di rito per poter disporre l'intercettazione di comunicazioni, finalmente individua i "casi" [25] nei quali è consentito l'accesso ai dati del traffico telefonico o telematico,

---

[22] Gaeta, *Consensi e dissensi sulla indipendenza del p.m. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)*, in *AP*, 2021, 3; Santoriello, *Il pubblico ministero e i cento talleri di Kant*, in *AP*, 2021, 2, evidenziano l'astrattezza della metafora dell'inquirente come parte imparziale, poiché da un punto di vista materiale svolge, specie in fase investigativa, attività che lo allontanano dalle connotazioni di terzietà e imparzialità che il dato normativo richiama anche per questo soggetto del procedimento.

[23] La Corte di cassazione, invece, ha sempre ritenuto conforme la disciplina interna alla normativa europea, sostenendo che fosse l'autorità giudiziaria, ma non necessariamente il giudice, a dover autorizzare l'accesso ai tabulati; cfr. Cass. pen., Sez. II, 13.2.2020, n. 5741, Rv. 278568; Cass. pen., Sez. III, 2.12.2019, n. 48737, Rv. 277353; Cass. pen., Sez. V, 19.7.2018, n. 33851, Rv. 273892.

[24] Si tratta di dati che la Corte di giustizia equipara, quanto alle garanzie da assicurare, a quelli ricavabili dai dati del traffico telefonico e telematico.

[25] La dottrina, in più occasioni, si era espressa a favore della specificazione dei reati presupposto per potersi conservare e acquisire i tabulati. Tra i vari, cfr.: Andolina, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ad al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplen-*

ossia la lotta contro "forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica", ma poi devono sussistere "sufficienti indizi" di un reato (*fumus delicti*) per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferire nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., 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[26], ove "rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini"[27]. Non ci si può esimere dal rilevare che, con riferimento a tale aspetto, il legislatore nazionale ha interpretato in maniera particolarmente ampia le indicazioni della Grande Camera, che faceva riferimento a "gravi" forme di criminalità[28] e, di regola, a persone sospettate di reato. A livello interno, invece, si è deciso di forzare tale dato e di includere nel novero delle fattispecie criminose che legittimano la conservazione e l'acquisizione dei tabulati da parte dei fornitori anche reati di minima gravità, come la molestia o il disturbo telefonico.

Spostando l'attenzione sui soggetti coinvolti nel procedimento, essendo esplicitamente legittimati alla richiesta non solo il pubblico ministero, il difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa, ma anche quello delle "altre parti private", si consente pure al difensore della parte civile, del responsabile civile e del civilmente obbligato per la pena pecuniaria di presentare istanza di acquisizione dei dati.

La Corte di Giustizia UE richiedeva anche di individuare per legge i "soggetti" passibili di controllo 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 consentirsi 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 nemmeno nella legge di conversione.

---

*za giurisprudenziale*, in *www.archiviopenale.it*; Ead., *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, cit., *passim*; Filippi, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *www.dirittodidifesa.eu*; Lupària, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 753 ss.; Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP*, 2015, 778.

[26] Non manca chi ritiene che la soglia sia eccessivamente restrittiva e che porti all'esclusione di "una serie di fatti odiosi e meritevoli di sanzione", tra i quali la sostituzione di persona (art. 494 c.p.), la rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale (art. 379-*bis* c.p.), il commercio di prodotti con segni falsi (art. 474, comma 2, c.p.), la turbata libertà dell'industria e del commercio (art. 513 c.p.), la frode in commercio (art. 515 c.p.), la vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.), la diffamazione, quando non ricorrono aggravanti (art. 595 c.p.); di tale avviso Pestelli, *D.l. 32/2021: un discutibile ed inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 4 ottobre 2021.

[27] Si tratta del c.d. principio di pertinenza della prova, ricavabile dall'art. 187 c.p.p.

[28] La vicenda che ha dato adito alla pronuncia della Corte di Giustizia in esame era un procedimento per il reato di furto e utilizzo di carta di credito di un terzo. Reati che la Corte di Giustizia UE 2 marzo 2021, in ossequio del principio di proporzione, ha escluso che possano legittimare l'accesso ai dati.

Ciò che, invece, è rimasto immutato è l'irragionevole termine di conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico. Mentre la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva ravvisato la necessità di porre limitazioni – sia per tali tipologie di dati che per quelli di "ubicazione" – il legislatore italiano non ha recepito queste indicazioni e, nel riformare la materia, ha, purtroppo, lasciato immutato il termine di conservazione dei medesimi[29]. Questo significa che i gestori, i quali non possono certo prevedere per quali reati perverranno le richieste di acquisizione dei dati, sono di fatto costretti a conservare tutti i dati per 72 mesi, in spregio al principio di proporzione.

Quanto alla loro finalità, la legge prevede che i tabulati debbano essere necessari per "l'accertamento dei fatti" e non solo ai fini della prosecuzione delle indagini[30]. In questo modo l'acquisizione dei dati può essere ottenuta anche dopo la chiusura delle indagini preliminari e per tutto il corso del processo, pure ad iniziativa del difensore, sempre che ovviamente i dati siano ancora conservati.

Ne risulta che l'acquisizione dei tabulati pare possa rappresentare il primo atto di indagine, anche se tale lettura contrasta con i principi enunciati dalla Corte del Lussemburgo secondo cui l'accesso ai dati esteriori delle comunicazioni deve essere limitato ai soli sospettati di grave reato. L'utilizzo del termine "sospettato" presuppone, infatti, che siano già emersi sospetti a carico di un determinato soggetto, situazione che appare improbabile all'avvio delle indagini.

La novella è intervenuta anche sulla procedura d'urgenza, prevedendo all'art. 132, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 196/2003 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

[29] Fermo restando quanto previsto dall'art. 123, comma 2, d.lgs. n. 196/2003 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*). Il quadro complessivo della disciplina della *data retention* si articola secondo una sorta di "quadruplice 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), c.p.p., i tempi di conservazione sono dettati dall'art. 24, l. n. 167/2017, che pone il limite di 72 mesi (sei anni).

[30] Il decreto-legge era orientato esclusivamente a consentire al pubblico ministero l'acquisizione dei tabulati telefonici, telematici e di ubicazione durante le indagini preliminari, tanto che essi dovevano essere rilevanti per la "prosecuzione delle indagini". Se da un lato la formulazione "per l'accertamento dei fatti" implica che l'acquisizione possa avvenire anche successivamente all'esercizio dell'azione penale, dall'altro lato, la specificazione della rilevanza "ai fini della prosecuzione delle indagini" avrebbe escluso, almeno in linea teorica, che i tabulati – al pari di quanto dispone l'art. 267 c.p.p. per le intercettazioni – potessero venire acquisiti come primo atto d'indagine.

ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati".

Tale previsione riecheggia le indicazioni date dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea secondo cui, in presenza di "situazioni di urgenza debitamente motivate", è ammissibile un controllo postumo, "entro brevi termini", da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente[31].

Spostando l'attenzione sui risvolti patologici, dalla novella si evince che "I dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-*bis* non possono essere utilizzati". In questo modo, il legislatore ha finalmente disciplinato, sotto il profilo sanzionatorio, tutte le ipotesi di acquisizione illegittima dei dati. Comportano, quindi, l'inutilizzabilità dei dati, a carico dell'imputato, il fatto che essi siano stati acquisiti oltre il termine di conservazione stabilito dalla legge o che l'autorizzazione sia stata data per un reato che non consente l'acquisizione dei dati oppure la mancanza di un decreto del giudice o l'assenza in esso di una motivazione sui "sufficienti indizi di reato" o sulla loro rilevanza "per l'accertamento dei fatti" e, ovviamente, la mancata convalida dell'acquisizione disposta d'urgenza dal pubblico ministero.

L'utilizzabilità *in bonam partem*, cioè a favore dell'imputato, è invece sempre possibile, perché la Costituzione pone la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ad obiettivo fondamentale dell'ordinamento, per cui, nel processo penale, l'innocenza e comunque la minore responsabilità dell'imputato devono poter sempre essere accertate[32].

La novella prevede che "i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, 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": Tale indicazione non consente di omettere l'esibizione al gestore del provvedimento autorizzativo[33].

## 5. Quale regime transitorio?

Il nocciolo della questione scrutinata dalla Corte di cassazione attiene al regime transitorio della nuova disciplina in materia di tabulati e, nello specifico, all'applicabi-

[31] C. giust., Grande Camera, 2.3.2021, H.K. c. / *Prokuratuur*, C-746/18, par. 58.

[32] Si vedano, tra le molte, Cass. pen., Sez. II, 19.4.2018, n. 17694, Rv. 272894; Cass. pen., Sez. VI, 15.1.2018, n. 1422, Rv. 271974; Cass. pen., Sez. III, 11.5.2016, n. 19496, Rv. 266792; Cass. pen., S.U., 16.5.1996, n. 5021, Rv. 204644.

[33] Il testo del decreto-legge stabiliva che "i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice". Si era perciò ritenuto che tale decreto dovesse essere notificato ai gestori. La legge di conversione stabilisce, invece, che "i dati sono acquisiti" previa autorizzazione, facendo dubitare sulla necessità di ostendere l'autorizzazione al gestore. Al riguardo si è rilevato che la formulazione non lascia dubbi sul fatto che l'acquisizione, una volta autorizzata, è demandata alle parti (pubbliche e private) che hanno richiesto l'autorizzazione e che, pertanto, il provvedimento di autorizzazione non dovrebbe essere oggetto di ostensione, Parodi, *Convertito il decreto in tema di tabulati: (quasi) tutto chiaro*, ne *Il Penalista*, 19.11.2021. A ben vedere, quando si intacca un valore fondamentale, se ne deve dare giustificazione al detentore di esso (così, ad esempio, in occasione di perquisizione o sequestro, deve essere esibito il decreto al detentore del bene); di tale avviso, Filippi, *Tabulati telefonici e telematici e rispetto della vita privata*, in *www.dirittodidifesa.eu.*

lità di quest'ultima ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del decreto-legge[34].

Come anticipato in premessa, la previsione di un regime transitorio è andata incontro ad una tormentata vicenda, posto che nelle bozze preparatorie era stato previsto ma non fu trasposto nella versione definitiva del d.l. n. 132/2021 pubblicata in G.U.[35]. Il suo esordio si è avuto soltanto in sede di conversione del decreto-legge, ossia da quando l'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 178/2021 ha fugato eventuali dubbi prevedendo che i dati relativi al traffico telefonico e telematico e alle chiamate senza risposta acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, «possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento di reati per i quali 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  disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, a molestia  il disturbo sono gravi».

Per maggiore chiarezza, è bene ribadire che la decisione in epigrafe è stata adottata prima che il legislatore intervenisse con la previsione della suddetta disposizione transitoria. Nel più totale silenzio serbato al riguardo, l'opinione al tempo prevalente[36] – la medesima del Collegio che ha emesso la pronuncia in commento – era che la *querelle* relativa alle sorti dei tabulati già acquisiti sulla base della previgente disciplina dovesse essere risolta in base al principio del *tempus regit actum*[37]. In particolare, nel-

[34] Occorre effettuare un distinguo tra "diritto transitorio" e "diritto intertemporale". La caratteristica del diritto intertemporale «è quella di dettare prescrizioni finalizzate a stabilire quale delle norme coinvolte in una successione temporale sia applicabile rispetto agli atti o ai fatti presi in considerazione», mentre il diritto transitorio «risulta composto da tutte quelle prescrizioni dettate per gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento normativo». Cfr. Mazza, *La norma processuale nel tempo*, 94; Tavassi, *Acquisizione dei tabulati, tutela della* privacy *e rispetto del principio di proporzionalità*, cit., 18.

[35] L'art. 2, comma 1, della bozza del d.l. n. 132/2021 prevedeva che «i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, e delle 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».

[36] Di tale avviso, Battarino, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *www.questionegiustizia.it*; Gittardi, *Sull'utilizzabilità dei dati del traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30 settembre 2021*, in *www.giustiziainsieme.it*; Pestelli, *Un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *www.quotidianogiuridico.it.* Per le posizioni espresse dai commentatori si rimanda alla nota n. 5 del presente lavoro.

[37] Si tratta della trasposizione, in sede processuale, del principio contenuto nell'art. 11 disp. prel. c.c. in base al quale «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Tra i vari, in dottrina, si rimanda agli approfondimenti di: Aprati, *Misure cautelari e diritto intertemporale: riflessioni a prima lettura sul c.d. "provvedimento svuotacarceri"*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; Chiavario, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *www.legislazionepenale.eu*; Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo:* Tempus regit actum*?*, Torino, 2013, 138 s; Mazza, *La norma processuale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis

la sentenza viene affermato che, in assenza di una disciplina intertemporale, essendo la successione di leggi processuali nel tempo governata dal principio *tempus regit actum*, si ha la «persistente validità ed efficacia degli atti compiuti nell'osservanza delle leggi all'epoca vigenti»[38]. Ne consegue che, con specifico riguardo alla tematica *de qua*, limitatamente ai procedimenti in corso, secondo la Corte, le modifiche sopraggiunte non avrebbero determinato l'inutilizzabilità dei tabulati già acquisiti sulla base della previgente disciplina[39].

Tuttavia, il canone del *tempus regit actum*, che sovrintende il fenomeno della successione di leggi nel tempo in materia processuale, si presta ad essere declinato in modo differente a seconda della materia che si va ad analizzare. Con specifico riguardo al tema delle prove occorre stabilire cosa debba intendersi per "*actus"* e quale sia il relativo "*tempus*". Secondo un'impostazione seguita in passato dalle Sezioni Unite[40] e da una parte della dottrina, il concetto di "*actus*" non sarebbe sovrapponibile a quello di atto processuale come comunemente interpretato, dovendosi, invece, fare riferimento al processo probatorio largamente inteso, tenendo in considerazione i

- Voena, Milano, 1999, 368 ss.; Trinti, *Principio del* tempus regit actum *nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato: possibili prospettive di mitigazione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*

[38] Al riguardo vengono richiamate le Sezioni Unite Gatto, secondo le quali «Sono legittime le intercettazioni ambientali autorizzate, prima dell'entrata in vigore della legge 1° marzo 2001 n. 63 (cd. giusto processo), nell'ambito di indagini per delitti di criminalità organizzata, sulla sola base di informazioni confidenziali acquisite da organi di polizia giudiziaria, atteso che la nuova disciplina – secondo cui le dichiarazioni degli informatori sono inutilizzabili quali indizi idonei a legittimare le operazioni di intercettazioni finché non si sia provveduto alla loro audizione (art. 267, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.) – non può incidere, in mancanza di specifiche diverse indicazioni legislative, sulla loro utilizzazione, essendo la successione delle leggi processuali governata dal principio "*tempus regit actum*", che comporta la persistente validità ed efficacia degli atti compiuti nell'osservanza delle leggi all'epoca vigenti» Cass., S.U., 19.1.2004, n. 919, Rv. 226484.

[39] Tale impostazione, ai fini dell'individuazione dell'*actum*, valorizza il momento genetico della sua acquisizione, senza attribuire rilievo alle successive fasi del procedimento probatorio. Si tratta dell'impostazione attualmente maggioritaria, avallata dalle Sezioni Unite Gatto (richiamate dalla pronuncia in commento), con riguardo all'utilizzabilità delle intercettazioni ambientali autorizzate, prima dell'entrata in vigore della l. n. 63/2001 (attuativa dei principi del "giusto processo"), nell'ambito di indagini per delitti di criminalità organizzata. Al riguardo le Sezioni Unite precisarono che «la nuova disciplina [...] non può incidere, in mancanza di specifiche diverse indicazioni legislative, sulla loro utilizzazione, essendo la successione delle leggi processuali governata dal principio *tempus regit actum*, che comporta la persistente validità ed efficacia degli atti compiuti nell'osservanza delle leggi all'epoca vigenti»; in questi termini Cass., S.U., 19.1.2004., n. 919, in *CP*, 2004, 1217. Si vedano anche Cass. pen., Sez. IV, 21.6.2004, n. 7891, Rv. 229075. Con riguardo all'impossibilità di applicare retraoattivamente la disposizione più favorevole in materia processuale, v. Cass., S.U., 28.10.2014, n. 44895, Rv. 260927, secondo cui «Il principio di necessaria retroattività della disposizione più favorevole, affermato dalla sentenza CEDU del 17 settembre 2009 nel caso Scoppola contro Italia, non è applicabile in relazione alla disciplina dettata da norme processuali, che è regolata dal principio "*tempus regit actum*"»; nel medesimo segno v. anche: Cass. pen., Sez. V, 19.7.2017, n. 35588, Rv. 271207; Cass. pen., Sez. I, 01.12.2015, n. 47483, Rv. 265312; Cass. pen., Sez. VI, 14.10.2015, n. 41322, Rv. 265013; Cass. pen., Sez. IV, 2.7.2015, n. 28153, Rv. 264043; Cass. pen., Sez. IV, 12.6.2015, n. 24861, Rv. 263727.

[40] Cass., S.U., 7.4.1998, n. 4265, in *CP*, 1998, 1951, con nota di Carcano.

vari momenti che lo costituiscono[41]. Con specifico riguardo al tema della prova – che è quello che rileva in questa sede – è stato evidenziato in dottrina[42] come il concetto di "*actus*" finisca per avere una portata più ampia rispetto ad altri settori, giacché il processo probatorio, com'è noto, si articola in varie fasi e pertanto esso non può essere riduttivamente limitato solo a quella dell'acquisizione[43]. In altri termini, adattan-

[41] In particolare, Cass. S.U., 7.4.1998, n. 4265, cit. precisa che occorre distinguere l'"atto semplice" «che si esaurisce senza residui nel suo puntuale compimento» e il procedimento probatorio, relativamente al quale «finché la *regiudicanda* non è divenuta *res iudicata* perché sono ancora possibili ulteriori interventi decisori di un giudice chiamato a valutare gli esiti gnoseologici della prova, il procedimento probatorio deve considerarsi ancora in atto e non può ritenersi esaurito». In dottrina è stato osservato che accogliendo le argomentazioni della Corte di cassazione secondo le quali l'*actus* deve identificarsi con la sequenza di atti che compone il procedimento probatorio, si corre il rischio che quest'ultimo continui ad essere regolato sempre e soltanto dalle norme vigenti al momento della sua instaurazione «e il principio generale diverrebbe perciò quello dell'efficacia differita delle nuove norme»; in questi termini, Mazza, *La norma processuale nel tempo*, cit., 370, che richiama Conso, *La «doppia pronuncia» sulle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria: struttura ed efficacia*, in *GI*, 1965, 1150. Per i rilievi critici verso i principi affermati dalle Sezioni Unite si vedano anche: Carcano, *Una sentenza "manipolativa" delle Sezioni unite*, in *CP*, 1998, 1969; Daniele, *Successione di norme concernenti l'utilizzabilità delle prove e principio* tempus regit actum, in *CP*, 2000, 715; Ferrua, *Un salutare ripensamento sul* tempus regit actum, in *DPP*, 2000, 870.

[42] Si rimanda agli scritti di Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo:* Tempus regit actum?, Torino, 2013, 138 s; Mazza, *La norma processuale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis - Voena, Milano, 1999, 368 ss.; Taormina, *Primi appunti sul regime transitorio delle dichiarazioni rese da imputato di reato connesso o collegato avvalsosi della facoltà di non rispondere in dibattimento*, in *GP*, 1998, 292.

[43] In giurisprudenza, Cass., S.U., 7.4.1998, n. 4265, in *CP*, 1998, 1951, con nota di Carcano, ha stabilito che «Qualora nel corso del processo si verifichino innovazioni legislative in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova, il principio "*tempus regit actum*" deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione della prova, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità di questa a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l'osservanza delle forme previste dalle norme previgenti, possano avere un qualsiasi peso nel giudizio». Nel medesimo senso anche Cass. pen., Sez. I, 14.4.1999, n. 4680, in *CP*, 2000, 712, con nota di Daniele, secondo cui «In tema di modificazione normativa relativa al regime delle prove, il principio "*tempus regit actum*" deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione della prova, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità della prova a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l'osservanza delle forme previste dalle norme previgenti possano avere un qualsiasi peso sulla bilancia del giudizio».
È risaputo, infatti, che nel settore probatorio assumono rilievo la fase dell'ammissione, dell'acquisizione e della valutazione. Le stesse Sezioni Unite Bajrami, ritenendo che il giudice che procede all'ammissione, all'assunzione, alla valutazione della prova ed, infine, alla deliberazione della sentenza, deve essere lo stesso, hanno implicitamente ribadito come il procedimento probatorio sia composto da vari momenti. Ed infatti, «Il principio di immutabilità di cui all'art. 525 cod. proc. pen. richiede che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso che ha assunto la prova ma anche quello che l'ha ammessa, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati»; così Cass., S.U., 10.10.2019, n. 41736, Rv. 76754.

do tale ricostruzione al tema della *data retention*, dal momento che il procedimento probatorio si esaurisce con la valutazione delle prove, l'"*actus*" non potrebbe dirsi interamente compiuto fintantoché non si sia addivenuti alla valutazione delle prove (ossia dei tabulati), non essendo sufficiente a tal fine fare riferimento al solo momento dell'acquisizione[44]. La conclusione di tale premessa è che l'organo giudicante – anche in assenza di una disposizione transitoria – non avendo ancora valutato le prove e non essendo ancora pervenuto a decisione, avrebbe dovuto applicare l'innovata disciplina contenuta nel d.l. n. 132/2021.

Questo almeno in linea teorica, ma la situazione nel caso di specie si complica ulteriormente se si considera che la Corte di cassazione è un giudice di legittimità al quale, com'è noto, non viene demandato il compito di valutare le prove, essendo quest'ultima una prerogativa del giudice merito. Sotto tale profilo, pertanto, il procedimento probatorio dovrebbe dirsi già concluso, essendosi esaurito davanti ai giudici di merito.

Può, quindi, affermarsi che la soluzione adottata dalla Suprema Corte – pur lasciando del tutto insoddisfatti – almeno sotto un profilo squisitamente formale, considerata la sua funzione di giudice di legittimità e il relativo ambito di cognizione oltreché l'assenza di un regime transitorio, non poteva essere diversa da quella in concreto adottata.

Laddove, invece, il giudice chiamato a pronunciarsi fosse stato il tribunale o la corte d'appello, in quanto organi della giurisdizione di merito, la situazione sarebbe stata ben diversa. Volendo seguire la teoria sopra esposta, secondo la quale il processo probatorio non può dirsi esaurito fintantoché non si sia arrivati alla valutazione degli elementi raccolti, si sarebbe dovuta applicare ai procedimenti in corso la novella di cui al d.l. n. 132/2021, anche in assenza di una disciplina transitoria.

## 6. La sopraggiunta disciplina transitoria come scelta di compromesso.

Ma una disciplina transitoria – successivamente alla decisione in commento – è stata introdotta dall'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 178/2021, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 132/2021.

A fronte di un contrasto tra chi ravvisava un *vulnus* dei principi di derivazione europea in quelle pronunce che – come quella in commento – ammettevano la piena utilizzabilità dei tabulati anche nei procedimenti in corso e chi, invece, sosteneva che una disciplina transitoria avrebbe determinato un «inutile aggravio»[45] con conseguente pregiudizio per l'accertamento dei fatti, in sede di conversione del decreto-legge è stata introdotta una disciplina transitoria.

[44] Di tale avviso, Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP*, 2015, 782 s.

[45] Pestelli, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *www.quotidianogiuridico.it*. Favorevole, invece, all'introduzione di una disposizione transitoria Resta, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in *www.giustiziainsieme.it*. In argomento si veda anche Natalini, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia (legge 23 novembre 2021, n. 178)*, Rel. n. 67/2021, in *www.sistemapenale.it*.

L'attuale disposizione ammette una utilizzabilità dei tabulati, nei confronti dell'imputato, solo in presenza di ulteriori riscontri e qualora si abbia a che fare con un soggetto indagato per un reato punito con la pena dell'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, oltre che minaccia con l'uso del telefono.

Deve, tuttavia, rilevarsi che anche tale disciplina transitoria – che in pratica fa salve le acquisizioni disposte nei procedimenti riguardanti tutti i reati elencati nel primo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 196/2003 – non pare integralmente conforme ai dettami della Corte del Lussemburgo. In realtà la disposizione tenta di recuperare l'assenza di giurisdizionalità prevedendo che i tabulati possano essere utilizzati in presenza di ulteriori riscontri.

Ed infatti, essendo noto sia che l'art. 15 Cost.[46] tutela la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione con doppia riserva – di legge e di giurisdizione – sia la circostanza che la legislazione europea esige l'autorizzazione di un giudice o di una autorità amministrativa indipendente ai fini dell'acquisizione dei tabulati, il perpetuarsi della previgente legislazione italiana (con conseguente utilizzo dei tabulati già acquisiti con provvedimento del pubblico ministero) configura un'ipotesi di prova "inconvenzionale" e "incostituzionale"[47], in quanto tale inutilizzabile.

---

[46] C. Cost., 17.7.1998, n. 281, ha stabilito che la materia dei tabulati deve essere ricondotta nell'ambito dell'art. 15 Cost.

[47] Il concetto di prova incostituzionale venne adombrato in un *obiter dictum* dalla Corte costituzionale, allorché ribadì che le «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»; così Cort Cost., 4.4.1973, n. 34. Anche nella giurisprudenza di legittimità è stata aperta la strada alla prova incostituzionale; le Sezioni Unite hanno stabilito che «Ai fini dell'acquisizione dei tabulati contenenti i dati esterni identificativi delle comunicazioni telefoniche conservati in archivi informatici dal gestore del servizio è sufficiente il decreto motivato dell'autorità giudiziaria, non essendo necessaria, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, l'osservanza delle disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni di cui agli articoli 266 e seguenti cod. proc. pen. (Nell'affermare tale principio la Corte ha altresì precisato che il controllo giurisdizionale sul provvedimento acquisitivo, che attiene ad un mezzo di ricerca della prova, si attua mediante la rilevabilità anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, dell'eventuale inutilizzabilità, essendo l'art. 191 cod. proc. pen. applicabile anche alle c.d. prove "incostituzionali" perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali)»; Cass., S.U., 8.5.2000, n. 6, Rv. 215841, al riguardo, si legge che «Ciò si desume dal disposto dell'art. 191 del codice di rito, applicabile anche alle c.d. "prove incostituzionali", perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, costituzionalmente protetti; prove come tali colpite dalla patologia irreversibile dell'inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempli divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario, infatti, che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali (arg. da sentenza C. Cost. n. 34/73)». In tema, Galantini, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *RIDPP*, 2012, 76; Ead, *L'art. 191 c.p.p. a confronto con "inutilizzabilità derivata" in un nuovo giudizio costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*; Ferrua, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, jan. abr. 2021, 215-246. Per una ricostruzione del percorso seguito dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione nell'elaborare la categoria delle prove "incostituzionali", si rinvia a Filippi, *Il GPS è una prova "incostituzionale"? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema USA*, in *AP*, 2012, I, 9 s.

La legislazione europea, infatti, prevede che l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni debba avvenire previa autorizzazione di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, qualora risulti indispensabile per contrastare fenomeni di terrorismo o altre gravi forme di criminalità.

Posto che, in base all'art. 117 Cost., l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni deve avvenire nel rispetto della Costituzione «e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», la soluzione adottata – secondo la quale, in assenza di una disciplina transitoria possono utilizzarsi i tabulati già acquisiti con provvedimento del pubblico ministero, in assenza di un controllo del giudice – comporta una grave violazione del diritto europeo e, di riflesso, contrasta con l'art. 117 Cost. Il precipitato è che si acquisisce una prova incostituzionale e, in quanto tale, inutilizzabile.

Inoltre, da un'analisi complessiva della novella emerge una incomprensibile ed ingiustificabile iniquità, tra vecchia e nuova disciplina, relativamente ai criteri di valutazione della prova. Ed infatti, mentre i tabulati, il cui rilascio sia avvenuto in base alla previgente normativa, "possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo in presenza di altri elementi di prova", nessuna indicazione al riguardo viene data in merito ai criteri di valutazione dei tabulati rilasciati secondo la nuova disciplina.

Emerge, pertanto, che i tabulati già acquisiti possono essere valutati dal giudice, quali elementi a carico dell'imputato, solo in presenza di ulteriori riscontri, mentre per i tabulati rilasciati secondo la nuova procedura, nel silenzio del legislatore, si concretizza il rischio che questi, in base al principio del libero convincimento del giudice, possano da soli essere posti alla base di una decisione di merito.

Non risulta chiaro comprendere se si tratti di una dimenticanza del legislatore, ma ciò che appare evidente è che, in questo modo, si origina una situazione iniqua, poiché si trattano in modo diverso situazioni eguali tra loro, prestando il fianco a censure di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.[48]. Pertanto le strade da percorrere per porre fine a tale irragionevole disparità di trattamento sono sostanzialmente due: una è quella di giungere alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del nuovo testo nella parte in cui non prevede che i tabulati possono essere utilizzati, a carico dell'imputato, soltanto in presenza di ulteriori riscontri, al pari di quanto prevede la norma transitoria. L'altra via percorribile, invece, è che il legislatore introduca un apposito criterio in materia di valutazione della prova per quanto riguarda i tabulati – come già avviene in altri casi all'art. 192 c.p.p. - prevedendo che possano essere utilizzati quale prova a carico dell'imputato solo in presenza di ulteriori riscontri.

[48] Si potrebbe ipotizzare che la presenza di riscontri possa rappresentare una scelta di compromesso tra le forze politiche oppure un modo per "recuperare" quelle garanzie di terzietà e imparzialità che connotano i provvedimenti adottati da un giudice; garanzie che, ovviamente, non è possibile rinvenire in relazione a dati del traffico telefonico e telematico già acquisiti su autorizzazione del pubblico ministero, senza un controllo del giudice.

## 7. Conclusioni.

La soluzione adottata dal Supremo Collegio lascia insoddisfatti perché disattende le indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea e reputa utilizzabili i tabulati acquisiti in assenza del controllo di un giudice.

In realtà, nonostante successivamente alla pronuncia in commento sia stata introdotta una disposizione transitoria, potranno ancora continuare ad essere utilizzati, nei confronti dell'imputato, i tabulati acquisiti con provvedimento del pubblico ministero, sebbene si tenti di "recuperare" l'assenza di giurisdizionalità richiedendo ulteriori riscontri.

In fin dei conti, tale ultima previsione, come spesso accadde, sembra ispirata più dall'esigenza di evitare la perdita dei dati del traffico telefonico e telematico già acquisiti, con evidente pregiudizio per l'accertamento dei fatti, che non da quella di rispettare la riservatezza delle comunicazioni dei singoli.

È auspicabile, quindi, qualche intervento in futuro teso a conformare la legislazione interna ai paradigmi europei.

# CORRISPONDENZA E VISTO DI CENSURA: PROSEGUE IL CAMMINO VERSO UN PIENO RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO DI DIFESA

Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 2022, n. 18, Coraggio Presidente – Viganò Redattore

**Matteo Rampioni***

**Sommario: 1.** La questione. – **2.** Carcere duro ed assistenza difensiva. Evoluzione. – **3.** Considerazioni.

## Abstract

*Con la sentenza in commento la Corte costituzionale stabilisce che viola il diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2, Cost., l'art. 41-*bis *o.p. nella parte in cui impone il visto di censura sulla corrispondenza tra il detenuto sottoposto al regime di massima sicurezza ed il suo difensore di fiducia.*

*With the sentence in comment the Constitutional Court establishes that it violates the right of defense sanctioned from art. 24, codicil 2, Cost., the art. 41-bis o.p. in so far as it imposes a censorship visa on correspondence between the detainee subject to the maximum security regime and his trusted defender.*

* Dottore di ricerca in procedura penale presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

## 1. La questione.

Con la n. 18 del 2022[1] la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), L. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intercorsa con i difensori.

La questione nasce da un decreto del Presidente del Tribunale ordinario di Locri con cui si dispone il trattenimento di un telegramma indirizzato da un detenuto (in regime di massima sicurezza) al proprio difensore di fiducia, alla luce del fatto che la missiva, avendo un contenuto non legato «da un filo logico in grado di rendere coerente e comprensibile il testo nella sua interezza», rappresenterebbe «un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica».

Investita della questione (in seguito al ricorso dell'imputato), la prima sezione penale della Suprema Corte di cassazione, solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), L. 26 luglio 1975, n. 354, in riferimento agli artt. 3, 15, 24, 111 e 117, primo comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della C.e.d.u., ritenendo che la disposizione in esame risulterebbe: innanzitutto, in contrasto, sia con la libertà e segretezza della corrispondenza garantita (anche ai detenuti) dall'art. 15 Cost., sia con il diritto di difesa e quello ad un equo processo; dunque, irragionevole poiché equipara il difensore agli interlocutori non qualificati (soggetti nei confronti dei quali deve operare necessariamente il visto di censura); infine, contraddittoria se si considera che la disciplina dettata per i colloqui visivi e telefonici tra difensori e detenuti non prevede, ai sensi dell'art. 41-*bis,* comma 2-*quater*, lett. b) o.p., alcuna forma di controllo[2].

A sostengo della fondatezza delle questioni sollevate interviene anche l'associazione "Italiastatodidiritto", in qualità di *amicus curiae*, evidenziando anche come «il profilo più grave della normativa censurata sarebbe costituito dalla presunzione di pericolosità del difensore sulla quale essa parrebbe fondarsi»; presunzione che non solo mortificherebbe solennità e valenza del giuramento forense, ma sarebbe anche irragionevole nella misura in cui riguarda questa specifica categoria di professionisti

[1] C. cost., 24.1.2022, n. 18.

[2] Art. 41-*bis,* comma 2-*quater*, lett. b) o.p.: «La determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque videoregistrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari».

e non altre figure, prive di analoghe e stringenti prescrizioni deontologiche e professionali, quali i membri del Parlamento, per cui il visto di censura non opera.

La Corte costituzionale ritiene la questione fondata; innanzitutto, perché i precedenti giurisprudenziali nazionali ed internazionali riconoscono nel diritto di difesa, comprendente il diritto ad esso strumentale di conferire con il difensore «allo scopo di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti», un principio supremo del diritto.

Poi, poiché le misure contenute nella normativa risulterebbero, da un lato, inadeguate allo scopo dal momento che l'eventuale scambio di informazioni può avvenire in costanza di colloqui visivi o telefonici (che, come è noto, non sono soggetti a controllo); dall'altro, sproporzionate poiché risulterebbero sottoposte a controllo preventivo tutte le comunicazioni del detenuto col suo difensore (indipendentemente dalle condotte illecite di quest'ultimo).

Infine, condividendo le argomentazioni dell'*amicus curiae*, la disposizione censurata parrebbe fondarsi su una generale e insostenibile presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale, «finendo così per gettare una luce di sospetto sul ruolo insostituibile che la professione forense svolge per la tutela non solo dei diritti fondamentali del detenuto, ma anche dello stato di diritto nel suo complesso».

## 2. Carcere duro ed assistenza difensiva. Evoluzione.

Come è noto, il regime detentivo speciale si colloca nell'ambito di una normativa varata allo scopo di opporre un'azione di contrasto alla criminalità organizzata mediante la drastica riduzione di contatto tra i detenuti e l'esterno, e tra gli stessi internati[3].

Sebbene la riforma del 1975 evochi il reinserimento del reo quale principale strumento di difesa sociale[4], l'art. 90 o.p. (oggi art. 41-*bis* o.p.[5]) evidenzia come, in realtà,

[3] Giunta - Ardita - Pavarini, *Il carcere duro tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 251 «La legge sul regime speciale si rivolge essenzialmente a quei soggetti posti al vertice delle organizzazioni mafiose o terroristiche, ovvero a coloro che – per i compiti assegnati, per le conoscenze qualificate, per le aderenze istituzionali possedute – rivestano una posizione strategica all'interno delle predette consorterie, di tal che possano mantenere con l'ambiente esterno al carcere relazioni idonee a determinare la realizzazione di ulteriori delitti».

[4] Grevi, *Diritti del detenuto e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in Aa.Vv., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura del medesimo, Padova, 1981, 21 «il proposito di umanizzazione della vita penitenziaria è stato indubbiamente uno dei motivi conduttori della linea di politica legislativa confluita nella legge del 1975»; Stortoni, *Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di Bricola, Padova, 1977, 35 «Se il carcere è l'istituzione totale che realizza la sua funzione attraverso la spersonalizzazione dell'individuo e la sua regressione psicologica a livelli di insicurezza infantile, la stessa possibilità di discutere di diritti del detenuto viene posta in dubbio ed acquista il ruolo di problema centrale».

[5] È la Legge n. 663 del 1986, c.d. «Legge Gozzini», ad abrogare l'art. 90 o.p e sostituirlo con l'art. 41-*bis* o.p.

l'esigenza di tutela della collettività prevalga, sia sul trattamento rieducativo dei detenuti[6], sia sui diritti degli stessi.

Nel corso degli anni[7] il legislatore tenta di definire i confini[8] oltre i quali non possono spingersi le limitazioni imposte ai carcerati, ciò nella prospettiva, sia, di impedire che le stesse pregiudichino i diritti di libertà residui (con conseguente violazione dei principi costituzionali e convenzionali); sia, di garantire il rispetto della riserva di legge, in una materia che concerne, con ogni evidenza, la libertà personale dei cittadini[9].

Precisamente, l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti individuali si manifesta a seguito del consolidamento del cd. "doppio binario penitenziario", per effetto del quale ricevono legittimazione moduli trattamentali diversificati in relazione al tipo di reato commesso dal detenuto medesimo.

Da questo momento in poi, infatti, attraverso i costanti interventi della Corte costituzionale, si cerca di individuare uno "zoccolo duro" di diritti, che neppure il carcere di massimo rigore[10] può comprimere[11].

Con specifico riferimento al diritto di conferire con il proprio legale di fiducia i primi passi si muovono con la sentenza n. 212 del 1997 mediante cui si dichiara l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24, comma 2, Cost., dell'art. 18 L. 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva possa conferire con il proprio difensore di fiducia fin dall'inizio dell'esecuzione della pena.

---

6 Sul tema, tra i molti: Somma, *Palingenesi, razionalizzazione e sperimentazione nella novella penitenziaria del 1986*, in *Leg. pen.*, 1987, 78 ss.; Amato, *Perché il carcere non sia vendetta*, in *Corriere della sera*, 14 gennaio 1987; La Greca, *Documenti per una riflessione sugli istituti di massima sicurezza*, in *Foro it.*, 1983, II, 477 ss.; Rosselli, *Illegittimità delle carceri di massima sicurezza*, in *C.S.M., Dir. peniten.*, 1983, 243.

7 In particolare, con la riforma del 2002 (Art. 2 l. n. 279 del 2002 *Modifiche all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*). Il testo, adeguandosi ai principi espressi in alcune importanti pronunce della Corte costituzionale, circoscrive la possibilità di sospendere l'applicazione degli istituti e delle regole del trattamento, adottando un peculiare rigore solamente nei confronti degli autori di delitti contemplati dall'art. 4-*bis* comma 1 o.p. e, al contempo, adottando un criterio meno restrittivo per i condannati per reati indicati dall'art. 4-*bis* comma 1-*ter* o.p.

8 Ampiamente superati all'indomani delle stragi mafiose dei primi anni novanta (su tutte, quelle di Capaci e di via D'Amelio in cui perdono la vita i magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino) a seguito delle quali viene emanato il d.l. n. 306 del 1992 che, da un lato, introduce l'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. (norma che concede la facoltà per il Ministero di Grazia Giustizia di sospendere le normali regole di trattamento, sia per i detenuti in esecuzione che per quelli in custodia cautelare, nei casi di contrasto con le esigenze di sicurezza ed ordine pubblico); dall'altro, modifica l'art. 4-*bis* o.p., prevedendo così la concessione dei benefici penitenziari a taluni condannati nei soli casi di collaborazione con la giustizia

9 Martini, *sub art. 19*, in *Leg. pen.*, 1993, 214; Ancora sul tema Petrini, *sub art. 2 L. 23 dicembre 2002, n. 279*, in *Leg. pen.*, 2003, 240 «Il generico riferimento a tutte le regole del trattamento e a tutti gli istituti disciplinati dall'ordinamento penitenziario costituiva una vera e propria assurdità, inaccettabile in un sistema democratico. N'è era ovviamente sufficiente, a fugare le perplessità espresse, l'emanazione, da parte dell'amministrazione penitenziaria, di alcune circolati che disciplinavano nel dettaglio le concrete modalità di esecuzione del regime sospensivo».

10 Amato, *Le limitazioni alla ricezione di libri, stampa e corrispondenza da parte del detenuto in regime di 41*-bis, in *Giur. pen. web*, 2020, 4.

11 C. cost., 12.12.1966, n. 12; C. cost., 14.5.1974, n. 204; C. cost., 2.7.1990, n. 313; C. cost., 28.7.1993, n. 349

Secondo la Corte, infatti, essendo il diritto di difesa un diritto inviolabile che esplica i suoi effetti nell'ambito di qualsiasi procedimento giurisdizionale, dev'essere sempre garantita (dunque anche nella fase dell'esecuzione) la sua effettività.

Del resto, scopo della difesa tecnica è quello di predisporre strategie difensive, valutare possibilità offerte dall'ordinamento ed evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui l'imputato è sottoposto.

Ne consegue, dunque, che il diritto di conferire con il proprio difensore di fiducia non può essere compresso o condizionato dallo stato di detenzione, se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti[12].

Ulteriore "salto in avanti" nel riconoscimento delle garanzie difensive si ha con la sentenza n. 143 del 2013 con cui si dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost., l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), ultimo periodo, L. 26 luglio 1975, n. 354, così come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. *f*), numero 2), L. 15 luglio 2009, n. 94, nella parte in cui limita il diritto ai colloqui visivi e telefonici con i difensori ai detenuti sottoposti a regime detentivo speciale[13].

Le limitazioni in questione, secondo la Corte, non possono trovare giustificazione neppure nel bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi di pari rilevanza costituzionale (quali la protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini).

Aderendo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che da sempre si mostra più sensibile alla questione riconoscendo che il diritto dell'accusato a comunicare con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari dell'equo processo[14], si stabilisce che lo Stato può limitare solo in casi eccezionali i contatti confidenziali tra avvocato ed assistito; qualsiasi misura limitativa deve infatti risultare assolutamente necessaria e non può, comunque, frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato[15].

---

[12] A commento della decisione, Bricchetti, *Il direttore dell'istituto non dovrà più autorizzare i colloqui*, in *Guid. dir.*, 1997, 70 ss.; Della Casa, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, 210 ss.

[13] Fino a questo momento, infatti, sia la Corte di cassazione (Cass. pen., Sez. 1, 4.11.2004, n. 43154, in *www.iusexplorer.it* «non vi è nella norma alcuna corsia preferenziale per il difensore che quindi rientra nella categoria dei terzi coi quali il detenuto può essere autorizzato a colloquiare per telefono. Non sussiste alcuna violazione del diritto di difesa in quanto il detenuto può tenere contatti grafici e visivi col difensore, contatti non sottoposti a limite»), sia una parte della dottrina (Picozzi, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2012, 1124 ss.).

[14] Tra le varie: C. eur. dir. uomo., 27.5.2004, *Yurttas c. Turchia*; C. eur. dir. uomo, 12.3.2005, *Ocalan c. Turchia*; C. eur. dir. uomo, 27.11.2007, *Zagaria c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 27.11.2007, *Asciutto c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 12.6.2008, *Yaremenko c. Ucraina*; C. eur. dir. uomo, 9.11.2008, *Moiseyev c. Russia*; C. eur. dir. uomo 13.11.2009, *Rybacki c. Polonia*.
«Solo ragioni imperative possono giustificare il mancato accesso all'assistenza legale fin dal primo interrogatorio di polizia. Tali ragioni non devono tuttavia pregiudicare i diritti della difesa [...] Limitazioni significative ai colloqui tra avvocati e imputato possono, alla luce del caso, ostacolare la preparazione della difesa e rendere inefficace l'assistenza del professionista».

[15] Cass. pen., Sez. I, 21.5.2013, n. 40011, in *C.E.D Cass.*, n. 257405; Cass. pen., Sez. I, 14.10.2014, n. 43154, in *C.E.D Cass.*, n. 230094. Nonostante la pronuncia rimuova il limite massimo delle tre telefonate settimanali tra detenuto in regime speciale e difensore, la Corte di cassazione ritiene, ancora oggi, che la disciplina prevista dall'art. 39 reg. es., in tema di corrispondenza telefonica si

Per quanto attiene allo specifico tema dei controlli sulla corrispondenza[16] tra detenuto e difensore, anche in questo caso è la Corte di Strasburgo a tracciare la strada verso un sistema improntato ad un maggiore rispetto delle garanzie difensive.

Con una serie di pronunce, infatti, si censura la disciplina interna (per contrasto con l'art. 8 Conv.), constatando che la legge italiana sull'ordinamento penitenziario conferisce alle autorità una discrezionalità troppo ampia, limitandosi a specificare solo le categorie di persone la cui corrispondenza può essere controllata, nonché il giudice competente ad adottare il relativo provvedimento, senza però offrire alcuna indicazione in ordine alla durata della misura o alle ragioni che possono giustificarla[17].

La L. 8 aprile 2004, n. 95, mediante cui si introduce l'18-*ter* o.p. (abrogando contestualmente i commi 7 e 9 dell'art. 18 o.p, nonché il riferimento contenuto nel comma 8 dello stesso articolo), rappresenta la risposta del legislatore alle numerose sentenze di condanna emesse dal Giudice di Strasburgo.

La novella prevede, innanzitutto, che le limitazioni alla corrispondenza possono essere disposte nei confronti di singoli detenuti o internati per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto; poi, che non possono avere una durata superiore a sei mesi, prorogabili per periodi non superiori a tre mesi; infine, al comma 2 stabilisce che tali limitazioni non si applicano (oltre che all'autorità giudiziaria, ai membri del Parlamento, alle rappresentanze diplomatiche o consolari) alla corrispondenza epistolare o telegrafica indirizzata al difensore[18].

Nel corso degli anni, tuttavia, si è reso necessario, vista anche l'ambiguità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), o.p., un costante intervento della Corte di cassazione per definire il momento oltre il quale tale divieto possa operare.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale[19], il limite va individuato nella stessa funzione difensiva, non potendo il divieto riguardare indiscriminatamente

riferisca anche al difensore, senza alcuna distinzione fra detenuti condannati definitivamente e quelli sottoposti a misura cautelare, atteso che il legislatore intende limitare i colloqui telefonici, semplicemente, per problemi di gestione tecnica degli impianti.
Dunque, in dipendenza di ciò, non si configurerebbe alcuna violazione del diritto di difesa; il detenuto può comunque mantenere contatti grafici e visivi con il proprio difensore senza alcuna apposizione di limiti

[16] Filippi - Spangher - Cortesi, *Manuale di diritto* penitenziario, Milano, 2019, 54: «La libertà del recluso di corrispondere con il mondo esterno è considerata dall'art. 15 o.p. uno degli elementi fondanti del trattamento penitenziario. Tuttavia, al fine di evitare che l'esercizio della facoltà di interloquire con il mondo esterno possa essere impiegato per commettere reati, gli artt. 18 o.p., l'art. 38 reg. pen. e, infine, l'art. 18-*ter* o.p. approntano un sistema di controlli preventivi sulle comunicazioni in "entrata" ed in "uscita"».

[17] C. eur. dir. uomo, 15.11.1996, *Calogero c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 15.11.1996, *Domenichini c. Italia*, con nota di Ubertis, *Due casi italiani di violata segretezza della corrispondenza tra detenuto e difensore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 1997, 162. Ancora, C. eur. dir. uomo, 6.4.2000, *Labita c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 28.9.2000, *Messina c. Italia*; C. eur. dir. uomo, 26.7.2002, *Di Giovine c. Italia*.

[18] L'art. 18-*ter*, comma 5, o.p. rinvia infatti all'art. 103, comma 5, c.p.p. il quale, a sua volta, stabilisce che: «Non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone loro assistite».

[19] Cass. pen., Sez. VI, 4.7.2005, n. 34065, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. VI, 3.6.2008, n. 38578, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. II., 29.5.2014, n. 26323, in *www.iusexplorer.it*; Cass.

tutte le conversazioni di chi riveste la qualifica di difensore, bensì solo di quelle che attengono alla funzione esercitata.

Non ogni colloquio (orale o scritto) tra cliente e difensore può, infatti, essere qualificato come rientrante nell'ambito del mandato difensivo. Fanno parte di questo novero solo quelli che, in considerazione del contenuto complessivo della conversazione o della missiva, consentono di stabilire che l'avvocato, in quell'occasione, abbia svolto il suo tipico ruolo di difensore; ruolo che si esplica in consigli, strategie difensive e richieste di chiarimenti.

Occorre poi, prosegue la Corte, rispettare gli adempimenti formali previsti dall'art. 35 disp. att. c.p.p.[20] in assenza dei quali, invece, può esserci il sequestro e il controllo della corrispondenza fra il difensore ed il proprio assistito[21].

## 3. Considerazioni.

L'importanza della sentenza in commento si coglie sotto due profili, diversi ma strettamente collegati tra loro.

Innanzitutto, da un punto di vista sociale (o meglio, dell'opinione pubblica), sgombra il campo da ingiustificate presunzioni e sospetti di collusione tra difensori ed imputati[22].

Se già in passato, infatti, si ipotizza in qualche occasione, in particolar modo per i reati di mafia, che i legali si prestano ai *desiderata* dei propri assistiti (ad esempio veicolando messaggi) per un proprio tornaconto personale, oggi, non solo, è sempre più radicata l'idea che la classe forense si muova «come un esercito che se ne

---

pen., Sez. V, 25.9.2014, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. IV, 5.10.2016, n. 55253, in *www.iusexplorer.it.*

[20] L'art. 35 disp. att. c.p.p., prevede, al comma 1, che la busta della corrispondenza tra l'imputato e il suo difensore debba riportare: a) il nome e il cognome dell'imputato; b) il nome, il cognome e la qualifica professionale del difensore; c) la dicitura "corrispondenza per ragioni di giustizia" con la sottoscrizione del mittente e l'indicazione del procedimento cui la corrispondenza si riferisce. Inoltre, il comma 2 puntualizza che "quando mittente è il difensore, la sottoscrizione è autenticata dal presidente del consiglio dell'ordine forense di appartenenza o da un suo delegato". Infine, nei casi in cui l'imputato è detenuto, il comma 3 stabilisce che l'autorità che ne ha la custodia appone il proprio timbro o firma sulla busta chiusa che già reca le indicazioni suddette, senza che ciò ritardi l'inoltro della corrispondenza.

[21] Cass. pen., sez. I, 22.6.2020, n. 23820, in *www.iusexplorer.it* «In tema di ordinamento penitenziario, è legittimo il provvedimento di trattenimento di un atto giudiziario trasmesso dal difensore al proprio assistito sottoposto a regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p., in ragione della mancanza di attestazione dell'autenticità dell'atto da parte dell'autorità giudiziaria o del difensore medesimo, trattandosi di un adempimento formale rispondente alle esigenze di verifica della natura di quanto trasmesso e dell'assenza di alterazioni del testo funzionali a veicolare informazioni non consentite».

[22] C. cost., 24.1.2022, n. 18, *Comunicato stampa*, in *www.cortecostituzionale.it*: «Ciò riflette, ha osservato la Corte, una generale e insostenibile presunzione di collusione del difensore dell'imputato, finendo così per gettare una luce di sospetto sul ruolo insostituibile che la professione forense svolge per la tutela non solo dei diritti fondamentali del detenuto, ma anche dello stato di diritto nel suo complesso».

approfitta»[23]; ma, inoltre, si arriva persino ad affermare che gli avvocati sono complici dei boss mafiosi[24].

Non a caso, proprio all'indomani della pubblicazione della sentenza in commento un'importante testata giornalistica intitola così un articolo: «*La Consulta cancella la censura sulla corrispondenza fra detenuti al 41*-bis *e avvocati. Geniale: così i boss potranno ordinare omicidi e stragi*».

Al di là della gravità e della bassezza delle accuse (puntualmente replicate dalle diverse associazioni di categoria) mosse nei confronti della categoria forense, le affermazioni hanno implicazioni più ampie: denotano come nel nostro paese, come in altri, si stia radicando una cultura autoritaria e giustizialista[25] che non tiene minimamente conto dei principi su cui si regge lo stato di diritto nel suo complesso.

Riprendendo la felice espressione utilizzata in dottrina, pare che il «punire sia la passione contemporanea e un po' ovunque nel mondo si assiste ad un momento punitivo caratterizzato da maggiore severità»[26].

Secondo questa linea di pensiero, infatti, l'azzeramento dei diritti (compreso quello di difesa) rappresenterebbe l'unica "giusta" e possibile punizione in considerazione dei gravi reati commessi dai detenuti; a nulla varrebbero infatti gli insegnamenti della Corte edu secondo cui le modalità di esecuzione del regime detentivo di massimo rigore non possono, in nessun modo, sottoporre l'interessato ad uno stato di sconforto, né ad una prova di intensità, che eccede l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione[27].

---

[23] Novi, *L'ultima della banda Travaglio: avvocati complici dei criminali*, in *Il Dubbio*, 26 gennaio 2022, 2 «"*Avvocati in coda: è qui la festa del gratuito patrocinio"*. Nell'articolo si segnala che il capoluogo siciliano è il Foro in cui si registra il maggior numero di richieste per il beneficio. Nella titolazione c'è un disprezzo un filo meno sguaiato di quanto visto su Fatto. Ma si può scorgere lo stesso fastidio per il diritto di difesa, il sogno di una giustizia sommaria, rapida e autoritaria in cui, come *Ritorno al futuro*, l'avvocato viene semplicemente abolito».

[24] Appare corretta l'osservazione di Matteucci, *Caro Travaglio, quella sentenza sul 41-bis andrebbe letta nelle scuole*, in *www.ildubbio.it*, 1.2.2022: «Forme, neppure troppo velate, di minaccia si annidano sui social, vengono scagliate all'indirizzo di chi ha assunto la difesa dei mostri indifendibili: il femminicida, il pedofilo, il terrorista, il mafioso e chi più ne ha più ne metta. In questa era del mainstream manettaro, difendere chi è già stato giudicato indifendibile da una platea male informata di leoni da tastiera non solo è uno spreco di energia, ma il segno tangibile che tra difensore e assistito si sugelli un sodalizio, criminale appunto, allo scopo di farla fare franca al secondo».

[25] Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, 11.

[26] Rampioni, *Le modifiche al sistema penale. Fra «giustizialismo» e «populismo giudiziario»*, in *Ind. Pen.*, n. 1, 2019, 148. Sul tema anche: Pulitanò, *Intervento* a *La società punitiva, Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, 3; Ferraioli, *L'illusione della sicurezza*, in *www.festivaldeldiritto.it*, 26 settembre 2008.

[27] A tal proposito si ricordi la grave crisi interna ed internazionale che il nostro Paese attraversa tra gli anni 2009 e 2013, anno in cui la stessa Corte europea, certificando la sistemica condizione di illegalità convenzionale in cui versano le strutture penitenziarie italiane, impone al nostro Governo di assumere, in termini perentori e stringenti, le determinazioni necessarie a far cessare lo stato di violazione della Convenzione Europea.
L'Italia, invero, in quegli anni si trova nella scomoda posizione di osservata speciale, venendo inserita nella black list degli stati europei con problematiche di tutela dei diritti fondamentali delle persone detenute.
Sul tema, Leo, *Emergenza carceri: la circolare del Procuratore della Repubblica di Milano dopo*

Il secondo aspetto che merita attenzione, ancor più del fatto che l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e) si porrebbe come *lex specialis* sia rispetto all'art. 18-*ter*, comma 2, o.p., sia rispetto all'art. 103, comma 6, c.p.p., consiste nel voler restituire il ruolo di diritto soggettivo inviolabile alla difesa.

Sebbene, da un lato, la pronuncia appaia come una "conquista", dall'altro, tuttavia, preoccupano, per lo meno ad avviso di chi scrive, i continui e necessari interventi della Consulta tesi a chiarire l'ambito di operatività della garanzia in questione.

Eppure, i presupposti storici e la *ratio* dell'art. 24, comma 2, Cost. sono chiari sin dagli atti dell'Assemblea Costituente da cui emerge: non soltanto, che il principio «segna una precisa direttiva al legislatore», garantendo «in termini lapidari e perentori la presenza e l'esperimento attivo» del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo; ma che essa reca in sé come ulteriore intento quello di cancellare gli abusi, le incertezze e le deficienze, che nel passato regime (quello fascista) lo «vulnerano»[28].

Oggi, la prospettiva sembra diametralmente opposta rispetto a quella auspicata dai padri costituenti: vista la frequenza degli interventi della Consulta nel corso degli ultimi anni (dal 1997 ad oggi), appare evidente come non si concepisca più il diritto di difesa come esigenza primaria di tutela dell'imputato, qualunque sia la giurisdizione o lo stato del procedimento; piuttosto, esattamente come avveniva in epoca fascista, tale garanzia pare considerata come un inutile intralcio all'accertamento della verità.

L'auspicio, per il futuro, è che il legislatore voglia definire in maniera «chiara» e «precisa» la reale portata delle norme. Ciò varrebbe a comportare, da un lato, la eliminazione di prassi giudiziarie arbitrarie (come il visto di censura sulla corrispondenza tra detenuto e difensore); dall'altro, il rispetto delle garanzie difensive, spesso violate in forza, o della vaghezza normativa, o della superfetazione normativa; infine, evitare il costante intervento della Corte costituzionale.

*la sentenza della Corte Edu nel caso Torregiani c. Italia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.*it, 18 gennaio 2013; Viganò, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*.it, 9 gennaio 2013; Manca, *Ricadute della sentenza Torregiani: i giudici svizzeri concedono l'estradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 4 novembre 2014; Manca, *L'Italia post Torregiani come modello nella sentenza pilota della Corte Edu Varga c. Ungheria*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 1 aprile 2015; Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: primo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014; Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torregiani si avvicina alla scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2013.

[28] Comoglio, *sub art. 24, comma 2 Cost*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 53 ss. Sul punto ancora, Carulli, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1985, 61; De Luca, *il contraddittorio nei procedimenti speciali penali*, in *Atti XI Convegno nazionale Ass. studiosi proc. civ.*, 47; Jemolo, *In tema di limitazioni del patrocinio penale*, in *Giur. Cost.*, 1963, 855; Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1968, 12; Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*: *art. 24 Costituzione e «due process of law clause»*, Milano, 1961, 1287; Conso, *Inizio delle indagini e diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 1970, I, 140; Voena, *Difesa* (difesa penale), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 ss.; Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 1 ss.

# UN ULTERIORE PASSO IN AVANTI NELLA TUTELA DEL MINORE IN AMBITO PENITENZIARIO. LUCI ED OMBRE

**Antonella Calcaterra***


## Abstract

*Con la sentenza n. 30 depositata il 3.2.2022 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies *commi 1, 3 e 7 O.P. "nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare speciale può essere proposta al Magistrato di Sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura". Applicazione provvisoria della misura che viene tuttavia resa possibile solo nei casi in cui l'interessato abbia espiato in regime detentivo la quota di 1/3 della pena inflitta: soltanto in tali casi, a parere della Corte, Il Magistrato di Sorveglianza avrebbe gli elementi per valutare se "l'interesse del minore – "stella polare" del suo giudizio – imponga l'anticipazione della misura o receda di fronte alle esigenze di difesa sociale o richieda esso stesso di non adottarla". In questi casi il Magistrato di sorveglianza può applicare in via provvisoria la detenzione domiciliare speciale «quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione» e «al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione». Tale possibilità invece resta preclusa per chi chiedesse di esservi ammesso nella prima fase di espiazione della pena: per tali soggetti l'unica strada percorribile resta la domanda al Tribunale di Sorveglianza.*

*With sentence no. 30 deposited on 3.2.2022 the Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of art. 47-*quinquies *paragraphs 1, 3 and 7 O.P. "In the part in which it does not provide that, where there is serious harm to the minor deriving from the protraction of the parent's state of detention, the request for special home detention can be proposed to the Supervisory Magistrate, who can order provisional application of the measure".*
*Provisional application of the measure which is however possible only in cases in which the interested party has expiated the 1/3 of the sentence imposed in prison: only in such cases the Supervisory Magistrate have the elements for assess whether "the interest of the minor – the "guiding star" of his judgment - requires the anticipation of the measure or withdraws in the face of social defense needs or requires himself not to adopt it". In these cases, the Supervisory Magistrate can provisionally apply the special home detention "when concrete indications are offered regarding the existence of the conditions for admission" and "the serious damage resulting from the prolongation of the state of detention". This possibility remains precluded for those who ask to be admitted in the first phase of expiation of the sentence: for these subjects the only way forward remains the application to the Supervisory Court.*


* Avvocato del Foro di Milano.

Con la sentenza n. 30 depositata il 3.2.2022 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies* commi 1, 3 e 7 o.p. "*nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare speciale può essere proposta al Magistrato di Sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura*".

La questione di legittimità era stata sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Siena con ordinanza del 2 febbraio 2021: a parere del remittente l'art. 47-*quinquies* O.P., non prevedendo per la detenzione domiciliare speciale l'applicazione in via provvisoria consentita per la detenzione domiciliare *ex* art. 47-*ter* comma 1-*quater* o.p., violava gli articoli 3 Cost. (per irragionevolezza), 27 comma 3 Cost. (perché la necessità di attendere la decisione collegiale avrebbe reso 'non umana' la pena sofferta dal genitore, conscio della circostanza che il figlio minore di anni 10 sarebbe rimasto sino ad allora privo di assistenza), 30 e 31 (per il grave pregiudizio che potrebbe derivare al minore e al rapporto parentale) e 117 comma Cost. (per la violazione delle fonti sovranazionali che affermano la preminenza dell'interesse del minore).

La Consulta ha ritenuto fondata la questione unicamente con riferimento all'art. 31 della Costituzione dopo averne tuttavia preliminarmente delimitato il perimetro: ed infatti, sebbene il giudice a quo si riferisse all'art. 47 quinquies nel suo complesso, la Corte ha ritenuto che "*in realtà, considerato l'oggetto delle censure*" la questione avrebbe dovuto essere riferita ai commi 1 (relativo ai requisiti di accesso alla misura), 3 (relativo ai poteri e competenze del Tribunale e del Magistrato di Sorveglianza) e 7 (che consente l'applicazione della misura speciale anche al detenuto padre laddove la madre sia assolutamente impossibilitata ad occuparsi del minore).

Passaggio di non poco conto poiché la pronuncia effettua una netta distinzione rispetto a quello che sembrava un requisito (quello dell'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero di quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo), in sostanza abrogato a seguito dell'inserimento nella norma citata del comma 1-*bis* e del successivo intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 76 del 2017) proprio con riferimento a tale comma.

Ed infatti, la legge 21 aprile 2011, n. 62 (Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori), ha novellato il comma 1 dell'art. 47-*quinquies*, stabilendo che la prima parte di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) potesse essere espiata «*secondo le modalità di cui al comma 1*-bis» che consente alle detenute madri di minori di anni dieci (e ai padri in caso di assoluta impossibilità della madre) di espiare, sin dall'inizio, la pena detentiva secondo le descritte modalità agevolate, anche nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, di cura, assistenza o accoglienza, purché non sussistano un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga.

Vi era tuttavia una preclusione assoluta rispetto a tale ultima possibilità per le condannate per reati ostativi *ex* art. 4-*bis* o.p., alle quali era di fatto impedito l'accesso alla misura domiciliare prima che fosse soddisfatto il requisito temporale previsto dal comma 1. Tale preclusione è venuta meno a seguito della nota pronuncia n. 76 del 2017, con la quale la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies* comma 1-*bis* o.p. limitatamente alle parole «*Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4*-bis».

Oggi è dunque consentito l'accesso alla misura della detenzione domiciliare speciale anche prima dell'espiazione di un terzo della pena o di quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo e a prescindere dal titolo di reato in espiazione, purché sia possibile escludere il rischio di commissione di ulteriori reati e il pericolo di fuga.

Il ragionamento della Corte parte da un raffronto tra le due misure alternative che nel nostro ordinamento si pongono a presidio e tutela del preminente interesse del minore: la detenzione domiciliare ordinaria "nell'interesse del minore" prevista dall'art. 47-*ter* comma 1 lettere a) e b) o.p. e la detenzione domiciliare speciale *ex* art. 47-*quinquies* o.p.

Quest'ultima con natura "*sussidiaria e complementare*" rispetto alla detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), o.p., posto che essa può trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui la pena da scontare dal genitore superi il limite dei quattro anni di reclusione, viceversa ostativo alla concessione della misura ordinaria, purché non sussista «un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» e vi sia «la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli», ciò al fine «di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli».

Pur a fronte, dunque, di una diversità strutturale dei due istituti, si osserva come i medesimi perseguano la medesima finalità, ossia quella di tutelare il figlio in tenera età di persona detenuta e di evitare, fin dove possibile, che l'interesse del bambino sia compromesso dalla perdita delle cure parentali, determinata dalla permanenza in carcere del genitore (c.d. "carcerizzazione dell'infante"). Interesse che è stato qualificato come "preminente" dalle fonti sovranazionali e che, per granitica giurisprudenza costituzionale, può essere considerato recessivo di fronte alle esigenze di difesa sociale "solo quando la sussistenza e la consistenza delle stesse sia verificata in concreto", con apprezzamento in concreto caso per caso della magistratura di sorveglianza.

Pur a fronte di tale identità finalistica, il legislatore aveva tuttavia omesso di prevedere la possibilità di un'applicazione provvisoria da parte del Magistrato di Sorveglianza con riferimento alla detenzione domiciliare speciale *ex* art. 47-*quinquies*, possibilità invece prevista per la detenzione domiciliare ordinaria 'nell'interesse del minore' dal comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter* o.p

Tale aspetto è stato censurato dalla Corte, con una motivazione che tuttavia non convince fino in fondo.

La Consulta ha preso spunto dalle argomentazioni addotte dall'Avvocatura dello Stato, che ha sostenuto come «*la mancata previsione dell'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale troverebbe giustificazione nell'assenza di un massimo di pena per l'accesso alla misura, giacché concedibile anche quando la pena da espiare superi i quattro anni di reclusione, sicché ragionevolmente il legislatore avrebbe qui escluso la cognizione sommaria e monocratica del magistrato di sorveglianza, esigendo quella piena e collegiale del tribunale di sorveglianza*», evidenziando come proprio la quota di espiazione preliminare (che rappresenta a suo parere "l'essenziale aspetto distintivo della detenzione domiciliare speciale rispetto a quella ordinaria"), abbia proprio la funzione «*di bilanciare il superamento del "tetto" dei quattro anni di reclusione, poiché l'espiazione intramuraria di almeno un terzo della pena (o quindici anni nel caso di ergastolo) consegna agli uffici di sorveglianza i risultati di una consistente esperienza trattamentale*».

Il Magistrato di Sorveglianza avrebbe dunque in tali casi tutti gli elementi per valutare se «*l'interesse del minore – "stella polare" del suo giudizio – imponga l'antici-*

*pazione della misura o receda di fronte alle esigenze di difesa sociale o richieda esso stesso di non adottarla*».

Da tale ragionamento la Corte trae una conseguenza di non poco conto: solo a coloro i quali soddisfino il requisito temporale previsto dal comma 1 (ovvero chi abbia già espiato la quota di pena preliminare di un terzo o di quindici anni) deve essere consentito di poter richiedere l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale.

Ne discende che, in questi casi, il Magistrato di sorveglianza può applicare in via provvisoria la detenzione domiciliare speciale «quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione» e «al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione».

**Tale possibilità invece resta preclusa per chi chiedesse di esservi ammesso nella prima fase di espiazione della pena.**

Per tali soggetti, infatti, l'unica strada percorribile a parere della Corte resta la domanda al Tribunale di Sorveglianza, atteso che i requisiti all'accesso richiesti dal comma 1 bis (esclusione del concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e del pericolo di fuga), richiederebbero la cognizione 'piena' del Tribunale in composizione collegiale.

Evidenzia al riguardo la Corte: «*il sistema è congegnato in modo che l'intervento cautelare del giudice monocratico non possa prescindere dall'espiazione intramuraria della quota preliminare, sicché la fisiologica sommarietà della sua valutazione è bilanciata dai dati oggettivi di un periodo di espiazione 'osservata'. L'esclusione dell'anticipazione della detenzione domiciliare speciale non trova, quindi, una valida ragione giustificativa nel carattere sommario della decisione monocratica, e tuttavia sacrifica in termini astratti l'interesse del minore all'accudimento genitoriale, impedendo al magistrato di sorveglianza di valutare le particolarità del caso concreto, ciò che si risolve in una violazione del* favor *minorile assicurato dall'art. 31 Cost.*».

Tale ragionamento, tuttavia, non convince pienamente.

Se, infatti, come ammesso dalla stessa Consulta, l'interesse del minore costituisce "***stella polare***" nella valutazione del giudice, se è vero che nel caso della detenzione domiciliare speciale non rileva il principio di gradualità dei benefici penitenziari (cfr. pagina 8), se è vero che vi sia una "negativa incidenza dell'«attesa dei tempi – fisiologicamente più lunghi – richiesti per la decisione del tribunale di sorveglianza», incidenza la cui gravità, venendo in rilievo il preminente interesse del bambino alle cure del genitore, assume qui «una pregnanza particolare», se è vero altresì che "*la mancata previsione di una delibazione urgente nell'interesse del minore, ai fini dell'anticipazione cautelare della detenzione domiciliare speciale, impedisce il vaglio di quell'interesse in comparazione con le esigenze di difesa sociale, ed è suscettibile di determinare l'ingresso del bambino in istituti per minori nella non breve attesa della decisione collegiale*", allora proprio non si comprende come possa essere ritenuta ragionevole e non lesiva la mancata previsione della possibilità di un'ammissione provvisoria anche per chi non abbia ancora espiato la quota di pena ritenuta necessaria dal comma 1 dell'art. 47-*quinquies* O.P. Ciò, pur in presenza di un grave pregiudizio per gli interessi del minore in tenera età, la cui valutazione in concreto viene dunque impedita in via interinale solo in ragione del minor tempo trascorso in regime detentivo.

Si pensi al caso di una mamma che si trova in arresti domiciliari concessi in ragione di quanto previsto dall'art. 275 comma 4 c.p.p. con un bambino in tenerissima età che riporta una condanna ad anni 9 per reato ostativo. La misura degli arresti domiciliari in atto magari da qualche tempo è emessa di norma all'esito di un attento bilanciamento da parte del giudice di cognizione che fa ritenere prevalenti l'attenzione e la cura verso il minore rispetto quelle di tutela della collettività. Al momento del passaggio in giudicato inevitabile l'ingresso in carcere, con la impossibilità di adire in via provvisoria al Magistrato di sorveglianza al quale ci si può rivolgere solo dopo l'espiazione della "quota preliminare" e dopo un periodo di "espiazione osservata".

Davvero si ritiene che quest'ultimo non possa esprimere una valutazione?

Questa impostazione non convince a maggior ragione se si considerano gli ampissimi poteri istruttori del Magistrato di Sorveglianza, che pur a fronte di una breve osservazione intramuraria, può provvedere a tutte quelle richieste e accertamenti necessari e prodromici rispetto alla valutazione dell'assenza del pericolo di fuga e del rischio di recidiva, come peraltro consentito per tutte le altre misure alternative che prevedono la possibilità di una applicazione provvisoria.

# ALLE SEZIONI UNITE LA QUESTIONE SULL'APPLICABILITÀ NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE

Cass., sez. V, 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), n. 38902, Miccoli, Presidente, De Marzo, Relatore, Gaeta, P.m. (concl. conf.)

**Ilaria Sforza***

**Sommario: 1.** Il tema controverso. – **2.** Il caso *a quo*. – **3.** La giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione. – **4.** Gli orientamenti contrapposti. – **5.** Brevi riflessioni sul secondo orientamento. – **6.** Le questioni sollevate.

## Abstract

*Nel quadro di una sempre più intensa giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, volta ad ovviare alle carenze in punto di garanzie e di accertamento, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a stabilire se la disciplina dell'incompatibilità contenuta nel codice di rito si applichi anche al giudice della prevenzione. Tra i due contrapposti orientamenti esposti dal giudice rimettente, ha infine prevalso quello a favore dell'estensione della disciplina. Pertanto, il giudice della prevenzione che abbia in precedenza espresso in altro procedimento, anche penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto dovrebbe astenersi dal pronunciarsi sulla misura di prevenzione e può essere ricusato.*

*The proceedings aimed at applying preventive measures are acquiring an increasingly jurisdictional dimension to remedy insufficient guarantees and poor judicial ascertainment. In this context, the Joint Sections of the Court of Cassation had to establish whether the Code of Criminal Procedure rules on incompatibility can apply to the judge assigned to preventive proceedings. The opinion favorable to applying the mentioned rules has eventually prevailed. Therefore, a judge assigned to preventive proceedings, who has previously decided on the merits of a proceeding, criminal or otherwise, against the same person and concerning the same fact, should refrain from deciding on preventive measures and could be recused.*

* Dottoranda di ricerca.

## 1. Il tema controverso.

L'ordinanza in esame verte sull'applicabilità nel procedimento di prevenzione della disciplina della ricusazione di cui all'art. 37, comma 1, c.p.p. (come risultante a seguito dell'intervento additivo di C. cost., 14 luglio 2000, n. 283, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2959, con note di Di Chiara, *Appunti in tema di imparzialità del giudice penale, ricusabilità «per invasione» e previa manifestazione «non indebita» di convincimento sui fatti di causa* e di Potetti, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell'astensione e ricusazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1101 e 1108), nel caso in cui il giudice della prevenzione, nel corso di un procedimento penale o di altro procedimento di prevenzione, abbia in precedenza espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto.

La disposizione rappresenta un presidio fondamentale dell'imparzialità del giudice, consacrata dall'art. 111, comma 2, Cost., dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU e dall'art. 14, paragrafo 1, PIDCP. La garanzia, riferita alla funzione giudicante, va intesa come equidistanza del giudice dalle parti, imponendo che «non vi siano legami tra il giudice e le parti» (Ferrua, *Il "giusto processo" in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio, in Dir. e giust.*, 2000, n. 1, p. 78).

## 2. Il caso *a quo*.

Il caso da cui trae origine la questione concerne una dichiarazione di ricusazione avanzata dal proposto contro un membro del collegio giudicante della Corte d'appello di Potenza, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del decreto motivato che applicava una misura di prevenzione. La ricusazione poggiava sulla circostanza che il magistrato ricusato, in qualità di componente del collegio della medesima Corte d'appello, aveva partecipato al giudizio di impugnazione culminato con la conferma della sentenza di condanna del medesimo soggetto per il reato di trasferimento fraudolento di valori di cui all'art. 512-*bis* c.p. Lo stesso delitto era posto altresì a fondamento del procedimento di prevenzione. Poiché era rimasto inascoltato un invito ad astenersi rivolto al giudice, era stata proposta una formale dichiarazione di ricusazione, che tuttavia veniva dichiarata inammissibile con ordinanza della Corte d'appello, sulla base della ritenuta inapplicabilità dell'art. 37, comma 1, c.p.p. nel procedimento di prevenzione. Conseguentemente, l'ordinanza del giudice di secondo grado veniva impugnata con ricorso per Cassazione per violazione di legge.

Riscontrato un contrasto giurisprudenziale sul punto e sollecitato dal Procuratore generale, il giudice di legittimità investiva del quesito le Sezioni unite *ex* art. 618, comma 1, c.p.p. Più precisamente, la quinta sezione della Corte di cassazione formulava due distinte questioni, anteponendo a quella principale un quesito più generale circa l'applicabilità al procedimento di prevenzione dell'intera disciplina delle cause di incompatibilità prevista nel codice di rito, con i connessi istituti dell'astensione e della ricusazione, alla luce della natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione evidenziata dalla Sezione rimettente, ovvero delle sole cause di incompatibilità di cui al comma 1 dell'art. 34 c.p.p.

La Cassazione, tuttavia, ha concentrato l'attenzione sulla prima questione concernente l'art. 34, trattandola congiuntamente alla seconda questione. Pare comunque difficile immaginare che – al di fuori della ricusazione di cui alla lett. b) dell'art. 37 interpolata dalla Corte costituzionale nel senso della sua applicabilità anche in caso di valutazioni espresse in procedimenti diversi – si possa applicare una disposizione come quella di cui al comma 1 dell'articolo menzionato. Essa, infatti, è volta a garantire l'imparzialità della funzione giudicante ancorando le incompatibilità al compimento di atti nel medesimo procedimento, ossia in diverse fasi del medesimo. Manca però un'articolazione in fasi del procedimento di prevenzione, regolato dallo scarno art. 7 e, per quanto non espressamente previsto nella disposizione, dall'art. 666 c.p.p. Si dovrebbero invece riconoscere degli spazi applicativi al comma 3 dell'art. 34 c.p.p., che riguarda l'incompatibilità con la funzione giudicante di chi nel medesimo procedimento ha svolto funzioni diverse, perché il principio di separazione delle funzioni, di cui la disposizione è espressione, trova certamente spazio anche nel procedimento di prevenzione (nello stesso senso, Albanese, *Alle Sezioni unite due questioni in tema di imparzialità del giudice della prevenzione. Un'altra tappa lungo il sentiero della "giurisdizionalizzazione"?*, in *Sist. Pen.*, 16 novembre 2021).

## 3. La giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione.

La portata dei quesiti si comprende a fondo se calata nel contesto della progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, che ha visto la dottrina, la giurisprudenza e il legislatore impegnati in una riforma in senso più garantista della disciplina della prevenzione. Com'è stato autorevolmente notato, infatti, «il punto più debole della disciplina sta nell'aspetto processuale» (Nuvolone, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Cedam, 1962, p. 168).

Così, la competenza a decidere è stata affidata al tribunale collegiale, si è stabilito che il procedimento deve svolgersi in una pubblica udienza (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011; C. cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, p.1053, con osservazioni di Gaito - Fúrfaro, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali* e di Licata, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, conformandosi a C. eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, ha dichiarato illegittimi gli articoli della previgente disciplina nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento di prevenzione si svolgesse nelle forme dell'udienza pubblica davanti al tribunale e alla corte d'appello) ed è stato sancito l'onere di motivazione del decreto con cui il giudice dispone l'applicazione di una misura (Art. 7, comma. 1 d.lgs. n. 159 del 2011; Sez. un., 29 ottobre 2009, n. 600, *Galdieri*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2167, con osservazioni di Colaiacovo, in cui si sancisce l'equiparazione del decreto conclusivo del procedimento di prevenzione alla sentenza, con la conseguente applicazione al decreto dei requisiti indicati dall'art. 546 c.p.p.). Ancora, sono stati ritenuti applicabili il principio di correlazione tra contestazione e pronuncia (Sez. I, 10 giugno 2013, n. 32032, De Angelis, in *C.E.D. Cass.*, n. 256451) e l'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito nell'avviso di convocazione (Sez. I, 14 aprile 1986, n. 1722, Maresca, in *C.E.D. Cass.*, n. 172684; Sez. I, 28 giugno 2006, n. 25701, Arena, in *C.E.D. Cass.*, n. 234847) nonché, nel caso di annullamento con rinvio, l'obbligo di rimessione degli atti ad una sezione della Corte

diversa da quella che ha emesso il decreto impugnato (Sez. VI, 1° ottobre 2015, n. 40999, in *C.E.D. Cass.*, n. 264742).

## 4. Gli orientamenti contrapposti.

Sulla questione posta dalla Sezione rimettente, si rinvengono nella giurisprudenza di legittimità due orientamenti.

Un primo orientamento, seguito anche dall'ordinanza impugnata, esclude la ricusabilità del giudice della prevenzione che abbia in precedenza espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in un procedimento penale o in altro procedimento di prevenzione (Sez. II, 11 gennaio 2019, n. 37060, in *C.E.D. Cass.*, n. 277038; Sez. V, 25 maggio 2018, n. 23629, in *C.E.D. Cass.*, n. 273281; Sez. VI, 13 settembre 2018, n. 51793, in *C.E.D. Cass.*, n. 274576; Sez. I, 27 maggio 2016, n. 43081, in *C.E.D. Cass.*, n. 268665; Sez. I, 19 marzo 2009, n. 15834, in *C.E.D. Cass.*, n. 243747; Sez. VI, 30 gennaio 2008, n. 22960, in *C.E.D. Cass.*, n. 240363). Nello specifico, si nega che siano applicabili al procedimento di prevenzione le disposizioni in tema di incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice previste dall'art. 34, concernente l'incompatibilità, diverse dal comma 1 c.p.p., benché richiamate dall'art. 36, lett. g), c.p.p. tra le cause di astensione. Sarebbero invece applicabili l'art. 34 c.p.p., comma 1, l'art. 35 relativo all'incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio, l'art. 36, comma 1, lettere a), b), c), d), f), h) e l'art. 37, comma 2, c.p.p. Tale opzione interpretativa si fonda sull'asserita diversità tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, che si coglierebbe considerando l'oggetto, lo scopo e la conformazione dei diritti difensivi nei due contesti. Nonostante il ravvicinamento dei due procedimenti sul piano delle garanzie della giurisdizione nel senso sopra precisato, quello di prevenzione costituirebbe infatti un procedimento *sui generis*, data la sua costruzione sul modello dell'incidente di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p. e non su quello del processo penale. Ne seguirebbe l'impossibilità di applicare *in toto* la disciplina del procedimento penale, senza una previa selezione, dalla quale andrebbe esclusa la ricusazione in quanto non richiamata dall'art. 666 c.p.p. in tema di procedimenti di esecuzione. In questi ultimi, infatti, l'unica causa di incompatibilità, introdotta dalla Corte costituzionale (C. cost., 9 luglio 2013, n. 183, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2647, con osservazioni di Spangher, *Incompatibilità, in sede di rinvio, del giudice dell'esecuzione*), riguarda la partecipazione al giudizio di rinvio dopo l'annullamento per il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato in sede esecutiva.

Secondo un diverso orientamento, la disciplina delle cause di incompatibilità del giudice contenuta nel codice di rito è applicabile anche al procedimento di prevenzione (Sez. I, 10 dicembre 2020, n. 4330, in *C.E.D. Cass.*, n. 280753; Sez. VI, 2 aprile 2019, n. 41975, in *C.E.D. Cass.*, n. 277373; Sez. VI, 9 marzo 2016, n. 15979 in *C.E.D. Cass.*, n. 266533; Sez. I, 10 luglio 2015, n. 32492, in *C.E.D. Cass.*; Sez. V, 21 luglio 2014, n. 32077, in *C.E.D. Cass.*, n. 261643; Sez. V, 16 ottobre 2008, n. 3278, in *C.E.D. Cass.*, n. 242942). La natura giurisdizionale del procedimento – che trova conferma nella progressiva applicazione allo stesso di alcune delle garanzie tipiche della giurisdizione – e le limitazioni della libertà personale, del diritto di proprietà e della libera iniziativa economica connesse alle misure di prevenzione imporrebbero almeno il rispetto delle garanzie del giusto processo, tra le quali spicca quella dell'imparzialità del giudice.

Del resto, anche la Corte costituzionale ha dato in più occasioni indicazioni favorevoli al riconoscimento dei meccanismi di tutela dell'imparzialità dell'organo giudicante nel procedimento giurisdizionale per l'applicazione delle misure di prevenzione (C. cost., 1° ottobre 1997, n. 306, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2875, con osservazione di Rivello, *Tre concomitanti pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale: l'astensione e la ricusazione come alternative all'incompatibilità*; C. cost., ord. 18 maggio 1999, n. 178, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1747; C. cost., 14 luglio 2000, n. 283, cit.).

## 5. Brevi riflessioni sul secondo orientamento.

L'ultimo orientamento pare preferibile per almeno due ragioni: non solo perché accorda una più intensa tutela a chi sia sottoposto ad un procedimento che senza dubbio incide profondamente su alcune delle sue libertà fondamentali con esiti afflittivi (benché la giurisprudenza continui a negare la natura penale della prevenzione secondo i criteri convenzionali: si v., ad esempio, C. cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, p. 292, con osservazioni di Pisani e Maiello, che, pur riconoscendo «l'indubbia dimensione afflittiva delle misure», la ritiene soltanto «una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato»); ma altresì alla luce dell'odierna conformazione del giudizio di pericolosità.

Tralasciando il requisito dell'attualità, richiesta per le sole misure di prevenzione personali, ma non per quelle reali, la pericolosità del proposto deve sempre essere accertata in concreto, non potendo essere presunta nemmeno quando si tratti di indiziati di appartenere ad un'associazione di tipo mafioso (Sez. un., 30 novembre 2017, n. 111, Gattuso, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1078, con nota di Albanese, *Il giudice della prevenzione personale deve accertare la sussistenza di una pericolosità attuale anche per i soggetti indiziati di appartenere alle associazioni di tipo mafioso. Brevi considerazioni a margine di una recente pronuncia delle Sezioni unite*). Nel giudizio di pericolosità si distinguono, ormai pacificamente, una prima fase constatativa, in cui si accertano gli elementi che possono essere indicativi della pericolosità del proposto, e una successiva fase prognostica, nella quale si formula una valutazione di probabilità circa il futuro comportamento del destinatario della misura (Nuvolone, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, p. 652; Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, in *C.E.D. Cass.*, n. 260103-04). Nell'incertezza sulla base probatoria della prima fase, a dispetto dell'autonomia del procedimento di prevenzione da quello penale sancita dall'art. 29 del d.lgs. n. 159 del 2011, il giudizio sulla pericolosità finisce per poggiare in gran parte su elementi provenienti dagli accertamenti svolti in sede penale, quali informative di polizia giudiziaria, precedenti penali del proposto anche per fatti diversi da quelli per i quali si svolge il procedimento di prevenzione o provvedimenti adottati in ambito cautelare (*amplius*, volendo, Sforza, *Misure di prevenzione personali: perduranti incertezze nell'accertamento della pericolosità*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4446).

È evidente come una simile prassi – certamente non ortodossa, ma comprensibile nell'assenza di chiare indicazioni del legislatore – renda più probabile la compromissione dell'imparzialità del giudice della prevenzione che sia stato anche giudice del procedimento penale e abbia conosciuto i medesimi fatti. Da qui l'esigenza che venga

riconosciuto un presidio minimo come quello delle incompatibilità sulla cui applicabilità sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni unite.

Sebbene siano condivisibili tutte le iniziative volte ad arricchire le garanzie del procedimento di prevenzione, l'estensione delle tutele del procedimento penale finisce per rivelare l'intrinseca ed insuperabile debolezza del sistema previsto nel d.lgs. n. 159 del 2011.

In primo luogo, occorre considerare che l'eccessivo appesantimento del procedimento di prevenzione, specialmente sul piano dell'accertamento, non si concilia al meglio con le istanze di celerità e con le finalità *specialpreventive* proprie di quel procedimento, né riesce ad ovviare alle lacune relative agli elementi su cui si fonda il giudizio di pericolosità. Come osservato, «il pretendere che il giudizio di prevenzione si svolga con le caratteristiche del giudizio di accertamento del reato e della responsabilità dell'agente è pretendere l'impossibile» e «significa rifiutare il concetto stesso di prevenzione» (Nuvolone, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 635).

Inoltre, infarcire di garanzie un sistema poderoso sul piano degli effetti personali e patrimoniali, ma fragile nelle sue fondamenta ideologiche e costituzionali, rende ancor più manifesto ciò che è già sotto gli occhi di tutti: la prevenzione costituisce un surrogato della repressione penale, che tenta di arrivare dove il processo penale non riesce a causa della mancanza di elementi probatori sufficienti e che si cerca di rinforzare, almeno sul piano formale, avvicinandola sempre di più ai moduli propri del processo penale.

## 6. Le questioni sollevate.

Ritenendo che il contrasto ora delineato sia sufficientemente consolidato, sono state rimesse alle Sezioni unite le seguenti questioni:

"Se la disciplina delle cause di incompatibilità del giudice contenuta nel codice di procedura penale è interamente applicabile, in quanto compatibile, anche al procedimento di prevenzione, attesa la natura giurisdizionale dello stesso, ovvero se, in ragione della tipologia e dell'oggetto del procedimento di prevenzione, non possono ritenersi applicabili le disposizioni dell'art. 34 c.p.p. diverse dal comma 1, pur richiamate dall'art. 36 c.p.p., alla lett. g)";

"Se al procedimento di prevenzione è applicabile il motivo di ricusazione previsto dall'art. 37 c.p.p., comma 1, nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale".

In attesa del deposito della motivazione, si dà conto dell'informazione provvisoria diffusa al termine dell'udienza in cui è stata trattata la questione, tenutasi il 24 febbraio 2022 e per la quale è stato designato come relatore il consigliere Pellegrino. Il primo quesito non è stato esaminato perché non ritenuto rilevante nel caso di specie. In relazione al secondo quesito è invece stata data soluzione affermativa, com'era auspicabile, ed è stato enunciato il principio secondo il quale «può essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla misura di prevenzione, abbia in precedenza espresso in altro procedimento, anche penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto».

# EBBREZZA ALLA GUIDA, L'ELEVATO TASSO ALCOLEMICO NON È SUFFICIENTE AI FINI DELLA CONDANNA

Cass. pen., Sez. IV, sentenza 30 settembre 2021 (udienza 20 maggio 2021), n. 35825 – Di Salvo Presidente – Bellini Relatore – Fimiani Procuratore Generale

**Emanuele Salvatore Murone***

**Sommario: 1.** Il caso di specie. – **2.** L'impugnazione della Procura. – **3.** Natura e ambito di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. – **4.** La valutazione in concreto del disvalore del fatto offerta dalla Suprema Corte. – **5.** Considerazioni conclusive.

## Abstract

*Con la pronuncia in oggetto, la Corte di legittimità ribadisce, in tema di guida in stato di ebbrezza, l'applicabilità nei confronti del responsabile del reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto nell'ipotesi in cui il conducente sia soggetto incensurato, non aduso all'uso di sostanze alcoliche e, inoltre, ove il disvalore del fatto, valutato ai sensi dell'art. 133 c.p., possa essere considerato di particolare tenuità. Di conseguenza, l'assunzione di alcol, seppure in misura non modesta, non pregiudica l'applicazione della causa di esclusione della punibilità de qua, se il fatto complessivamente valutato può essere considerato di speciale tenuità, in assenza di danni o di pericolo per la circolazione stradale.*

*With the current judgment, The Supreme Court confirms, concerning the driving under the influence of alcohol, the applicability to the person responsible for the offence pursuant to the article 186, Highway Code, paragraph 2, letter c) of the non-punishability cause for the particular tenuity of the fact in the case in which the driver has no criminal record, he is not addicted to the use of drugs and, moreover, where the value of the fact, assessed in accordance with the article 133 of the Italian criminal code, could be considered particularly moderate. Therefore, the alcohol consumption, even in no small degree, would not affect the applicability of the above mentioned non-punishability cause, if the fact, assessed as a whole, may be considered of special tenuity, in the absence of damages or danger to road traffic.*

* Dottore in Giurisprudenza.

## 1. Il caso di specie.

La Corte d'Appello di Catanzaro, con sentenza del 13 giugno 2019, in riforma della sentenza emessa dal Tribunale di Cosenza, che aveva riconosciuto l'imputato colpevole del reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. *c*), C.d.S[1], pronunciava sentenza di non doversi procedere nei suoi confronti ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.[2] per essere stata la sua condotta connotata da particolare tenuità.

Secondo il giudice del gravame, difatti, la condotta del conducente, valutata alla luce dei parametri normativi enucleati nell'art. 133 c.p., doveva ritenersi di modesto disvalore trattandosi di soggetto incensurato, non dedito all'assunzione di sostanze alcoliche e, peraltro, caratterizzandosi la condotta occasionale da questi tenuta per lo spirito di collaborazione prestato nell'immediatezza del fatto e per la persistente capacità di autodeterminazione.

La Corte d'Appello riteneva inoltre che l'offesa procurata alla circolazione stradale si connotasse per la sua particolare tenuità, non essendosi prospettati pericoli concreti per il bene giuridico in questione, trattandosi di un controllo di *routine* posto in essere dagli agenti, senza che risultassero palesate condotte di guida inappropriate o pericolose da parte del conducente.

Il giudice di secondo grado, pertanto, concludeva che, pur avendo assunto l'imputato sostanze alcoliche in misura non modesta, l'accadimento poteva ritenersi di speciale tenuità in assenza di danni o di pericoli procurati alla circolazione stradale, attesa l'occasionalista della condotta e la minima intensità del coefficiente psicologico.

---

1 *Chiunque guida in stato di ebbrezza è punito, ove il fatto non costituisca più grave reato [...] con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto da sei mesi ad un anno, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro. All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni».*

2 L'art. 131-*bis* c.p., introdotto con il d. lgs. n. 28 del 16 marzo 2015, dispone: «*Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante».*

## 2. L'impugnazione della Procura.

Avverso tale pronuncia assolutoria proponeva ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Catanzaro, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione della sentenza di secondo grado per contraddittorietà e illogicità nel riconoscimento della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Il Procuratore Generale, infatti, pur riconoscendo in astratto l'applicabilità della causa di non punibilità in questione con riferimento ai reati che prevedono soglie progressive di punibilità, osservava che il giudice d'appello, nel caso di specie, aveva erroneamente ritenuto applicabile l'art. 131-*bis* c.p. sulla scorta di elementi privi, a suo parere, di valenza in rapporto ai reati contravvenzionali di pericolo presunto, quali il comportamento serbato dall'imputato in occasione dell'accertamento etilometrico e la commissione in orario notturno del fatto oggetto di contestazione.

Inoltre, evidenziava ancora il Procuratore Generale nell'atto di ricorso, il giudice di secondo grado non avrebbe debitamente considerato l'elevato tasso alcolemico effettivamente riscontrato al prevenuto che, sebbene non astrattamente ostativo alla concessione del beneficio, ne condizionava fortemente il riconoscimento.

Da ultimo, ha infine rilevato il Procuratore Generale, la motivazione della sentenza oggetto di gravame sarebbe stata affetta da illogicità laddove la Corte distrettuale aveva attribuito rilievo all'assenza di danni o di concreti pericoli arrecati alla circolazione stradale seppur la fattispecie violata rappresentasse un reato contravvenzionale punibile in presenza di pericolo presunto.

La sentenza in esame, condividendo le argomentazioni della Corte territoriale, ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato da parte del Procuratore Generale.

## 3. Natura e ambito di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.

Prima di analizzare la soluzione adottata dalla Suprema Corte, appare utile premettere brevemente quali siano i presupposti applicativi nonché i tratti caratterizzanti l'istituto della esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto.

Il legislatore, con il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28, ha inserito nel codice penale l'art. 131-*bis* concernente l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto con il dichiarato intento di «*perseguire finalità connesse ai principi di proporzione e di extrema ratio, con effetti anche in tema di deflazione*»[3].

Per quanto riguarda la natura dell'istituto giuridico in parola, secondo l'opinione pressoché unanime[4], si tratta di un istituto giuridico di diritto sostanziale come peraltro è dato desumersi dalla collocazione all'interno del Titolo V del Libro primo del codice penale, relativo ai reati in generale, nonché dall'espresso riferimento alla punibilità e non piuttosto alla procedibilità del reato come avviene, invece, con gli istituti della particolare tenuità del fatto nel processo minorile e per i reati di competenza

[3] Palazzo, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, 19.12.2019, in *www.sistemapenale.it*.

[4] Marinucci - Dolcini - Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2019, 409; Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al diritto*, 2015, 20.

del Giudice di Pace che prevedono entrambi una causa di improcedibilità in ordine a un fatto tenue.

Proprio in virtù dell'asserita natura sostanziale dell'istituto *de quo*, è stata sollevata la questione riguardante i profili intertemporali della causa di non punibilità in parola, onde stabilire se e in che termini tale norma possa trovare applicazione nei giudizi pendenti.

Il d. lgs. n. 28 del 2015 non ha infatti dettato alcuna disposizione di diritto intertemporale, rendendo ancor più attuale la necessità di individuare il regime successorio della nuova causa di non punibilità.

La natura sostanziale – che, come anticipato, è stata riconosciuta all'istituto in parola dalla dottrina maggioritaria e della giurisprudenza di legittimità prevalente – ha consentito di affermare che, trattandosi di *lex mitior*, essa fosse destinata ad applicarsi retroattivamente ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, in virtù del principio di retroattività della legge penale favorevole [5]; deve tuttavia precisarsi che, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., la norma non può trovare applicazione con riferimento ai reati decisi con sentenza passata in giudicato.

Con riferimento, invece, ai giudizi pendenti davanti alla Corte di Cassazione al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, in un primo momento era stata negata la possibilità, per i giudici di legittimità, di rilevare di ufficio, ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p., la sussistenza delle condizioni di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., avvalendosi delle risultanze processuali e della motivazione della sentenza impugnata, occorrendo piuttosto la Corte annullasse la sentenza e rinviasse la causa al giudice di merito perché potesse applicare la predetta causa di non punibilità.

Tale orientamento ha registrato tuttavia posizioni di segno contrario nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, di recente, ha ritenuto possibile riconoscere la particolare tenuità del fatto nel giudizio di legittimità, senza procedere al rinvio al giudice di merito, «*a condizione che i presupposti di applicabilità siano immediatamente rilevabili dagli atti e non siano necessari ulteriori accertamenti fattuali*»[6].

Con riferimento alla logica sottesa alla sua introduzione, la particolare tenuità del fatto è stata concepita come «*istituto teso a perseguire obiettivi di deflazione e di decongestione della macchina giudiziaria*»[7] con il quale il legislatore rinuncia all'applicazione della pena per quei reati che presentano un'offesa particolarmente tenue, senza rinunciare, tuttavia, ad una valutazione del fatto nella sua dimensione storico-fattuale, volta ad accertarne l'effettiva carica offensiva.

Il reato, come ha osservato attenta dottrina, non costituisce un monolite, bensì un'entità misurabile, con il risultato di poter formulare un giudizio di esiguità quantitativa, seppur a fronte di un fatto che non risulti affetto da radicale inoffensività[8].

A ben vedere, presupposto di applicabilità della norma è che l'offesa al bene vi sia stata e che quindi si sia in presenza di un reato perfezionato in tutti i suoi elementi che tuttavia il legislatore si rifiuta di punire in quanto l'offesa è di minima consistenza.

---

[5] Cfr. Gullo, *Art. 131*-bis, in, *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini - Gatta, V ed., 2021, 1975 ss.

[6] Sul punto si veda Cass. pen., Sez. II, 9.12.2020, n. 35033.

[7] Cornacchia, *La punibilità sub condicione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12.12.2017, 31.

[8] Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 522.

Ciò comporta che la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, pur risolvendosi in una sentenza di proscioglimento, porta con sé la necessaria statuizione di colpevolezza dell'imputato, conservando pertanto rilevanza sia ai fini del giudicato al di fuori del processo penale (art. 651-*bis* c.p.p.) che per l'iscrizione nel casellario giudiziale.

Quanto invece ai presupposti applicativi, la punibilità è esclusa nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena detentiva quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa è di particolare tenuità ed il comportamento non è abituale.

Occorre evidenziare che l'art. 131-*bis* c.p. prevede l'esclusione della punibilità per quei comportamenti che risultino essere particolarmente tenui ovvero minimamente offensivi riferendosi alle modalità della condotta del reo, all'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133 del codice penale.

Per quanto concerne le modalità della condotta occorre far riferimento, oltre all'art. 133, comma 1, c.p., al secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p., il quale dispone che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando l'autore del reato ha agito per motivi abietti o futili o con crudeltà anche in danno di animali o ha adoperato sevizie o ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima anche in riferimento all'età della stessa.

Per quanto concerne i parametri normativi individuati dall'art. 133, comma 1, c.p., per la valutazione delle modalità della condotta occorre riferirsi ai numeri 1) e 3), in particolare alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto al tempo, al luogo, ad ogni altra modalità dell'azione e all'elemento psicologico relativo all'intensità del dolo o al grado della colpa.

Per quanto riguarda, invece, la valutazione dell'esiguità del danno o del pericolo, il secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p. dispone che il comportamento non può essere ritenuto di particolare tenuità quando la condotta del colpevole ha cagionato, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime della persona offesa dal reato. Analogamente, l'art. 133, comma 1, n. 2) c.p. fa riferimento alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla vittima.

Al fine di escludere la punibilità è necessaria, altresì, la non abitualità del comportamento, la cui definizione è rinvenibile nel terzo comma dell'art. 131-*bis* c.p., ai sensi del quale il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore del reato sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Sul punto è opportuno segnalare che la prima parte del comma terzo ha sollevato un problema interpretativo in merito alla compatibilità dell'istituto con la recidiva eventualmente contestata al reo. La questione, in particolare, si è posta poiché attenta dottrina non ha mancato di osservare come manchi alcun riferimento all'istituto della recidiva tra i limiti di cui al comma terzo, che prende invece in considerazione le figure tipiche del delinquente abituale, professionale o per tendenza.

Al riguardo, è prevalsa in giurisprudenza la tesi secondo cui il legislatore non ha inteso assegnare carattere ostativo alla contestata recidiva, fatta tuttavia eccezione

per quella particolare forma di recidiva c.d. reiterata specifica, in quanto espressiva dell'abitualità del comportamento penalmente rilevante[9].

Nonostante l'importante funzione deflattiva svolta dall'istituto *de quo*, in data 25 luglio 2019, con atto n. 2024, è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge finalizzata ad abrogare interamente l'art. 131-*bis* c.p.[10].

Tale proposta di legge pare fondarsi sul recupero di una visione "giustizialista" del processo penale: nel documento parlamentare, infatti, si legge che «*non punire un soggetto che abbia commesso un reato sussistente e accertato in tutti i suoi elementi andrebbe a vanificare gli effetti della giustizia penale e a scardinare il sistema penale facendo venire meno sia la funzione di intimidazione, sia quella di retribuzione e punitiva e perfino quella di rieducazione. Per di più, la disciplina* de qua *potrebbe essere addirittura interpretata come una vera e propria concessione a delinquere tenuamente*». La proposta abrogativa è attualmente all'esame delle commissioni parlamentari competenti.

Gli argomenti critici desumibili dalla lettura della proposta abrogativa in parola pongono sostanzialmente l'accento sulle incertezze applicative cui darebbe vita la disciplina dettata dall'art. 131-*bis* c.p., la cui previsione renderebbe «*molto difficile comprendere, nella concretezza, quando l'applicazione dell'istituto sia adeguata ed equilibrata*», facendo così trasparire una manifesta sfiducia nei confronti del ruolo del giudice[11].

Ulteriore addebito che viene mosso alla previsione di cui all'art. 131 *bis* c.p. consiste nel paventato pericolo che si possa fare un uso improprio dell'istituto *de quo* al fine esclusivo di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari.

Anche in virtù di ciò, la disposizione *de qua* è stata di recente rimaneggiata ad opera del d. lgs. 14 giugno 2019, n. 53 (*c.d. decreto sicurezza bis*), convertito con legge del 8 agosto 2019, n. 77, che ha operato una perimetrazione della fattispecie di cui all'art. 131 *bis* c.p., aggiungendo al comma secondo il seguente periodo «*l'offesa non può altresì essere ritenuta di 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*».

## 4. La valutazione in concreto del disvalore del fatto offerta dalla Suprema Corte.

Effettuata questa doverosa e sintetica premessa circa la genesi normativa della disciplina dettata dall'art. 131-*bis* c.p., si deve affermare come la Suprema Corte, con l'arresto in esame, condividendo le argomentazioni della Corte territoriale, ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato da parte del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Catanzaro.

---

9 Cass. pen., Sez. V, 19.10.2020 (dep. 14.1.2021), n. 1489, *CED* 2802250-01.

10 Cfr. Proposta di legge A.C. 2024.

11 Pelissero, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 11.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, con riferimento all'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., il giudice deve basarsi su quanto sia emerso durante il giudizio di merito, come peraltro ribadito dalla sentenza a Sezioni Unite n. 13681 del 2016, *Tushaj*[12].

Il Supremo Collegio, con la pronuncia in commento, ha condivisibilmente respinto le censure sollevate nei motivi di doglianza dal Procuratore Generale, allineandosi ai principi espressi nella pronuncia, resa a Sezioni Unite, da ultimo richiamata.

Con la sentenza *Tushaj*, anch'essa concernete il reato di guida in stato di ebbrezza, la Corte di Cassazione ha sostenuto che, pur essendo evidente che un ampio superamento delle soglie di rilevanza penale potrebbe tendenzialmente portare ad escludere la configurabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., in ogni caso nessuna conclusione potrebbe essere tratta in astratto, prescindendo dunque dalle particolarità del caso concreto.

Allineandosi all'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, il Collegio ha dunque affermato che la motivazione del Giudice distrettuale appare coerente ed adeguata sotto il profilo logico-giuridico laddove ritiene di poter applicare la disciplina di cui all'art. 131-*bis* c.p. al ricorrere di taluni presupposti in grado di dimostrare la modestia del fatto di reato, con specifico riferimento alle concrete modalità della condotta e alla gravità del pericolo concretamente procurato al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice che si assume violata.

Nel caso in esame, secondo la Corte di legittimità, non ricorreva alcuno dei fattori ostativi all'applicazione della causa di non punibilità *de qua* (pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, esiguità del danno o del pericolo, non abitualità della condotta), ragion per cui, ha ulteriormente ritenuto la Corte, la valutazione che il giudice di merito era chiamato ad operare non poteva che fondarsi sulla specificità del caso concreto «*senza ricorrere a presunzioni o a preclusioni derivanti dalla originaria previsione di soglie di maggiore o minore offensività*».

Oltre a ciò, ha rilevato ancora il Collegio, gli esiti dell'alcoltest, nonostante fossero stati compresi nel *range* della soglia più elevata, nondimeno risultavano prossimi al limite della soglia inferiore.

Il giudice, ha peraltro sostenuto la Corte, ha debitamente valutato la modestia del grado dell'offesa arrecata alla circolazione stradale, difettando elementi che potessero dirsi sintomatici di una condizione di alterazione del conducente, il quale non aveva dimostrato né una particolare spericolatezza alla guida, né, tantomeno, una apparente condizione di difetto di controllo.

In definitiva, afferma la Corte, ai fini dell'applicabilità della causa di non punibilità *de qua* assume centrale rilievo la valutazione in concreto del fatto, non rappresentando preclusione in tal senso la previsione di soglie di maggiore o minore offensività.

D'altronde, il principio enunciato pare conforme all'orientamento delle Sezioni Unite dinanzi richiamato, posto che già in tale ultima occasione la Suprema Corte aveva riconosciuto la possibilità di applicare l'art. 131-*bis* c.p., debitamente valutando anche l'effettivo allontanamento dal valore-soglia[13].

---

[12] Cass. pen., S.U., 25.2.2016 (dep. 6.4.2916), n. 13681, *Tushaj, in Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2016, 1537.

[13] A favore dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. v. già Cass. pen., Sez. IV, 9.9.2015, n. 44132, Longoni, relativa a un'ipotesi in cui la soglia del tasso alcolemico prevista nell'art. 186, comma

In altri termini, secondo le Sezioni Unite, «*quanto più ci si allontana dal valore-soglia tanto più è verosimile che ci si trovi in presenza di un fatto non specialmente esiguo*»; ciò, tuttavia, non esime il giudice dallo svolgimento di una valutazione specifica del fatto, senza poter questi ricorrere ad alcun tipo di presunzione.

Sul punto, in continuità con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, attenta dottrina[14] ha osservato come nell'ambito applicativo di cui all'art. 131-*bis* c.p. vadano ricompresi anche i reati nella cui fattispecie siano previste delle soglie quantitative purché il fatto concreto si collochi immediatamente al di sopra della soglia di legge e la sua complessiva fisionomia parli nel senso della particolare tenuità[15].

Secondo la Corte, in ogni caso, ai fini dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., risultano decisivi i parametri normativi contenuti nell'art. 133 c.p., ivi compresi i «*profili di antidoverosità della condotta, pure valorizzati dall'art. 133 c.p. in relazione al grado della colpa*».

La Suprema Corte, inoltre, ha da ultimo colto l'occasione per riaffermare implicitamente quanto già precisato dalle Sezioni Unite circa l'applicabilità della particolare tenuità del fatto rispetto agli illeciti penali che hanno natura di reati di pericolo presunto.

Anche in questi casi, infatti, il giudice potrà apprezzare le modalità di manifestazione del reato e, al fine di ponderare la gravità dell'illecito, valuterà quale sia in concreto il possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma di volta in volta violata.

## 5. Considerazioni conclusive.

In definitiva, la Suprema Corte sembra aver correttamente applicato i principi enunciati dalla pronuncia a Sezioni Unite *Tushaj*, considerato, peraltro, che il conducente era stato sorpreso alla guida con un tasso alcolemico ricompreso nel *range* della soglia più elevata, ma comunque prossimo al limite della soglia inferiore.

Con la sentenza in commento la Corte ha dunque chiarito come la valutazione in ordine alla particolare tenuità del fatto attenga a qualcosa di più complesso rispetto al mero superamento delle soglie di non punibilità, dovendo il giudice tenere conto di tutte le peculiarità del caso concreto e degli aspetti di pericolosità ricorrenti nella fattispecie concretamente sottoposta al suo giudizio, dai quali poter desumere l'applicabilità o meno della causa di esclusione della punibilità *de qua*.

Pare dunque persuasiva – a parere di chi scrive – la premessa posta a fondamento dell'impianto argomentativo della sentenza in commento, secondo cui, nella guida in stato di ebrezza il tasso alcolemico non rappresenta l'unico fattore rilevante ai fini della valutazione della gravità del reato da parte del giudice, dovendo questi ritenere

2, lett. *b)* C.d.S. (0,8 grammi/litro) era stata superata di 2 centesimi alla prima rilevazione e di 5 centesimi alla seconda rilevazione.

[14] De Santis, *Il rapporto tra l'art. 131* bis *c.p. e i reati con soglie di punibilità: luci e ombre della soluzione adottata dalle Sezioni Unite*, in *St. iur.*, 2016, 1417 ss.

[15] Marinucci - Dolcini - Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2021, 478.

l'offesa concretamente graduabile anche sulla base di elementi diversi dal tasso alcolemico, quali, ad esempio, particolari modalità della condotta[16].

Tale conclusione si fonda sulla considerazione che la condotta punita dall'art. 186, comma 2, lett. *c*), C.d.S non consiste semplicemente nel superamento del tasso alcolemico indicato nella relativa fattispecie, ma è rappresentato dalla «guida» di un veicolo in stato di ebbrezza.

Il tasso alcolemico, pertanto, lungi dall'assorbire il disvalore della fattispecie in oggetto, svolge il ruolo di parametro al quale il legislatore ha inteso ancorare la presunzione di pericolosità della condotta di guida di un soggetto che ha assunto bevande alcoliche.

Si tratta di una valutazione operata in astratto dal legislatore che, in un'ottica di prevenzione finalizzata alla tutela della sicurezza della circolazione stradale, ha scelto di configurare un reato di pericolo astratto sulla base della presunzione di pericolosità della condotta di guida di chi supera determinati tassi alcolemici, presumendo appunto che in questi casi vi sia un'alterazione delle capacità di guida derivante dallo stato di ebbrezza.

In secondo luogo, preme rilevare che, con riguardo alla fattispecie di guida in stato di ebbrezza, le modalità della condotta e le particolari circostanze di tempo e di luogo in cui essa si esplica si ripercuotono, graduandone l'entità, sull'offesa al bene giuridico tutelato.

Sussiste, quindi, il presupposto logico necessario per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.: la graduabilità in concreto dell'offesa sulla base delle modalità della condotta e dell'esiguità del pericolo.

Sgombrato dunque il campo dai dubbi di compatibilità dell'istituto *de quo* con la guida in stato di ebbrezza, chi scrive ritiene opportuno formulare, senza pretese di completezza, alcune osservazioni di carattere generale che paiono confermare la possibilità di applicare la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. al reato in esame.

In primo luogo, deve essere valorizzata la diversità di piani sui cui opera da un lato, la selezione legislativa dei fatti penalmente rilevanti attraverso la tecnica delle soglie, e, dall'altro lato, la valutazione giudiziale di particolare tenuità del fatto: la prima opera sul piano astratto, mentre la seconda lavora su quello concreto.

Ed anzi, l'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. pare proprio fondarsi sulla consapevolezza che nemmeno il pieno rispetto, da parte del legislatore (e quindi sul piano astratto), dei principi di offensività e di sussidiarietà sia da solo sufficiente ad assicurare la piena attuazione di tali principi, attuazione che deve necessariamente passare attraverso la mediazione del giudice.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, le valutazioni inerenti alla gravità del reato formulate in astratto dal legislatore non costituiscono, da sole, ostacolo all'applicazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Inoltre, è opportuno tenere presente che la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. è istituto di carattere generale, come si desume dalla collocazione nella parte generale del codice penale e dall'individuazione dell'ambito di applicazione

[16] Dovere, *La particolare tenuità e la guida in stato di ebbrezza: ancora in campo le Sezioni Unite*, in *Nel diriritto*, 2016, 212 ss.

sulla base della sola entità della pena, in luogo di una selezione fondata su particolari categorie di reati.

Vale poi la pena sottolineare, come ha osservato attenta dottrina, che quando il legislatore ha inteso escludere determinati gruppi di reati dalla sfera applicativa dell'istituto in esame – quali, ad esempio, quelli commessi per motivi abietti o futili, con crudeltà etc. – lo ha fatto esplicitamente[17]. Un istituto così configurato, quindi, mal si presta a restrizioni del suo ambito di applicazione, operate in via interpretativa mediante l'esclusione di intere categorie di reati.

La sentenza in commento, a ben vedere, pare rappresentare un'applicazione condivisibile dei principi di natura sostanziale cui si ispira l'istituto della particolare tenuità del fatto.

Ed infatti, come ha diffusamente rilevato autorevole dottrina[18], l'introduzione dell'istituto *de quo*, almeno tra gli auspici del legislatore delegante, è stato animato dalla volontà di concretizzare un uso più proporzionato della «risorsa giustizia» per fatti connotati da un disvalore concreto poco più che bagattellare, offrendo una diversificazione della risposta penale rispetto a quella tradizionalmente ancorata all'irrogazione della sanzione.

L'introduzione dell'istituto di cui si discute risponde, difatti, alla necessità di evitare che una formale e rigida applicazione delle norme incriminatrici finisca per determinare la repressione di fatti privi di quella carica di «disvalore globale» che unicamente dovrebbe legittimare l'intervento punitivo in un sistema orientato al perseguimento di istanze di prevenzione generale della pena.

Come autorevole dottrina ha sottolineato, valorizzare l'esiguità del reato per ridurre lo spazio occupato dalla pena «è un obiettivo aderente alla piena realizzazione dei principi di *offensività e di proporzionalità, oltre che della funzione rieducativa della pena: principi, tutti, che risultano fortemente sacrificati da condanne penali per offese bagatellari, realizzate da autori in concreto non bisognosi di rieducazione e risocializzazione*»[19].

Parimenti, l'applicazione dell'istituto estesa ad ogni possibile tipologia di reato ed effettuata confrontandosi, attraverso degli indicatori specifici, con la vicenda concreta e le sue irripetibili diramazioni, in ossequio all'invito delle Sezioni Unite, restituisce al giudice quel potere di valutazione discrezionale che l'art. 133 c.p. espressamente gli attribuisce: il giudice è chiamato a farsi interprete nel caso concreto di una logica di meritevolezza della pena[20].

Così inteso il ruolo del giudice, la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. incrementa le proprie potenzialità applicative, espungendo dal circuito penale fatti marginali, non meritevoli di una sanzione penale e recuperando il senso autentico del principio di *extrema ratio* che caratterizza il diritto penale.

---

[17] Alberti, *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131-bis c.p.? la parola alle sezioni unite,* in Diritto Penale Contemporaneo, *2016.*

[18] Santoriello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali, Milano*, 2015; Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2019, 28 ss.; Maiello, *La particolare tenuità del fatto. Intervento*, in *Diritti & Giurisdizione*, 2015, n. 3, 22.

[19] Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Torino 1999, 275.

[20] Marinucci - Dolcini - Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2021, 479.

Da tali considerazioni discende che la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., una volta accertata la situazione pericolosa e dunque l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma che si assume violata, lascia pur sempre residuare in capo al giudice uno spazio per apprezzare in concreto, alla stregua delle concrete modalità di manifestazione del reato, quale sia lo sfondo fattuale in cui la condotta si iscrive e quale sia, di conseguenza, il possibile impatto pregiudizievole per il bene giuridico tutelato.

# GIUSEPPE RICCIO: L'IMPEGNO PER UNA GIUSTIZIA A MISURA D'UOMO*

**Ennio Amodio****

Non voglio lasciarmi travolgere dall'onda emotiva dei ricordi che si affollano appena volgo lo sguardo al cammino fatto insieme. Così mi affido ad un artificio che mi fa slittare dal passato al presente con lo spirito del visionario che sa vedere anche ad occhi chiusi.

E lo vedo proprio qui, in una delle prime file di questa bella aula del suo Ateneo. Eccolo, Beppe, il prof. Riccio, con il suo tratto signorile, con il suo viso sorridente che esibisce una apertura permanente al dialogo, con quella sua figura di professore universitario che proprio non sa e non vuole darsi le arie del barone. La cifra espressiva della sua personalità è racchiusa in una formula semplice, ma al tempo stesso emblematica di un grande impegno: «fare qualcosa per gli altri».

La visione che ho davanti è quella di un Maestro «senza raggiera», per usare una bella immagine coniata da un grande avvocato penalista napoletano del secolo scorso, Gennaro Marciano. Egli ammoniva chi prende la parola davanti ad un uditorio a mettere da parte ogni proposito di fare sfoggio della propria cultura. E, capace come era di entrare nel cuore dei suoi allievi e dei suoi colleghi, Beppe Riccio è stato veramente un uomo di scienza e non un algido scienziato, come quelli che amano indossare la toga accademica per ostentare una superiorità.

Questo convegno si apre con un invito a discutere i problemi del processo penale da un angolo visuale scelto in modo assai felice. Coniugare i principi costituzionali alla riforma della procedura penale, come fa il titolo di queste nostre giornate di studio, significa richiamare e far rivivere la parte centrale del pensiero giuridico di Giuseppe Riccio. Egli è stato infatti un esponente di punta di quel «riformismo costituzionale» che ha contrassegnato la fisionomia della generazione di processualisti alla quale anch'io appartengo. La generazione che è riuscita a traghettare la nostra procedura dall'impianto inquisitorio del codice Rocco fino al nuovo rito accusatorio coniato nel 1988. In quella stagione le norme costituzionali sono state il grimaldello che ha con-

---

* Testo della relazione introduttiva svolta al Convegno tenutosi alla Università di Napoli Federico II su "Principi costituzionali e riforma del processo penale" tenutosi in ricordo del prof. Giuseppe Riccio nei giorni 8-9 ottobre 2021.

** Professore emerito di diritto processuale penale presso l'Università di Milano.

sentito di rimuovere tutte le malformazioni dovute alla ideologia autoritaria cui era improntato il sistema del 1930.

Non è stata una impresa facile, se si pensa che, alla metà degli anni Sessanta, quando il prof. Riccio ha cominciato il suo lavoro di ricerca pubblicando poi, nel 1969, la bella monografia su "*La volontà delle parti nel processo penale*", era ancora in auge la tesi che disconosceva la natura immediatamente precettiva delle norme della Costituzione.

A quei tempi la Costituzione era vista come un *placebo*. Bella, sfolgorante, densa di magnifici canoni di civiltà processuale, ma vincolante solo per il legislatore come meta di indispensabili riforme, ma senza effetti in sede giudiziaria quando si trattava di applicare disposizioni del codice Rocco chiaramente incompatibili con i principi costituzionali in tema di diritto, di difesa e di libertà personale. C'è voluto del tempo per passare dal *placebo* al *grimaldello* e in questo percorso travagliato hanno assunto rilievo i contributi di Giuseppe Riccio.

L'omaggio che oggi tributiamo al Maestro va quindi necessariamente al di là della rievocazione del suo percorso di studioso. Siamo qui anche e soprattutto per raccogliere la sua eredità culturale che ci viene trasmessa sia dai suoi contributi sulla giustizia penale, sia dal suo impegno di giurista nel cantiere delle riforme. Penso soprattutto al suo lavoro su "*Processo penale e Costituzione*", 1982, e al più recente "*Principi costituzionali e riforma della procedura penale*", 1991.

La autentica vocazione di riformatore ha avuto modo di esprimersi compiutamente quando nel luglio 2006 egli è stato nominato dal Ministro della giustizia, Clemente Mastella, Presidente della Commissione Ministeriale incaricata di predisporre la bozza di una legge delega per un nuovo codice di procedura penale. I lavori condotti sotto la sua guida si sono conclusi nel dicembre 2007 con la stesura di una bozza di legge delega. Nasceva così il Progetto Riccio, ispirato ai principi del rito accusatorio scaturito dalla riforma del 1988, ma finalizzato ad un aggiornamento del nuovo sistema alla luce dei parametri costituzionali dettati dalla modifica dell'art. 111 Cost. apportata dalla legge del 1999.

Sul tema del giusto processo il prof. Riccio aveva già avuto modo di esternare il suo pensiero che è poi divenuto la matrice di una revisione della normativa codicistica. In un articolo del 2006 pubblicato sulla rivista Diritto penale e processo, così il Maestro si esprimeva: «è il giusto processo, è questo l'*humus* da cui nasce il bisogno riformista»[1].

Da questo *humus* la Commissione Riccio ha ricavato una messe di nuove prospettive per il processo penale che hanno generato la creazione di un giacimento culturale pronto a dare i suoi frutti non appena il clima politico avesse maturato una svolta capace di tradurre le idee e le normative progettuali in disposizioni con piena efficacia di legge. Infatti, il Progetto Riccio ha messo capo alla formazione di un vero *thesaurus* che, nonostante la mancata trasformazione delle direttive elaborate dalla Commissione in criteri di una delega varata dal Parlamento a favore del Governo, ha reso possibile dare avvio a un circolo virtuoso che ha condotto poi, a distanza di tempo, all'approdo legislativo di alcuni tra i punti più significativi del Progetto.

[1] V. *Per un nuovo progetto di giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1193.

Basteranno due esempi. Il Progetto Riccio nella direttiva 1.6 aveva elaborato un nuovo istituto, la prescrizione processuale, in caso di violazione dei termini massimi stabiliti per la ragionevole durata del processo. Ebbene, questa nuova disciplina è stata oggi recepita con un intervento legislativo realizzato con la riforma Cartabia (l. 27 settembre 2021, n. 136) che ha introdotto l'art. 344-*bis* c.p.p. in cui è regolata la improcedibilità per mancata osservanza dei termini di durata dettati per i giudizi di appello e di cassazione. Il seme gettato nel 2007 sotto la guida di Giuseppe Riccio ha ora generato un frutto che pone riparo al vuoto creato con la norma del 2019, che aveva ristretto l'operatività della prescrizione sostanziale al solo primo grado di giudizio.

Un analogo circolo virtuoso si riscontra in relazione all'istituto dell'esclusione della punibilità per tenuità del fatto. Questa svolta normativa di grande importanza per la funzionalità del sistema processuale era già stata elaborata dalla Commissione Riccio ben prima che il legislatore introducesse l'articolo 131-*bis* c.p.

Come si vede, il pensiero del Maestro è stato capace non solo di dare un contributo alla demolizione del vecchio impianto del codice Rocco, ma anche di gettare un ponte che dalla riforma del 1988 porta ai nuovi orizzonti delle garanzie e della funzionalità del processo con cui oggi noi dobbiamo fare i conti per completare e rendere sempre più efficiente il rito accusatorio.

In una telefonata intercorsa tra noi una decina di giorni prima della sua scomparsa, Beppe mi ha parlato a lungo e con entusiasmo del suo progetto di dare avvio ad una nuova rivista sulla tutela dei diritti dell'uomo nel processo penale. Era ed è una idea estremamente affascinante che spero i suoi allievi vogliano portare al traguardo della vita editoriale. È davvero la conferma della sua qualità di persona votata a quella «scienza del cuore umano» che Leonardo Sciascia considerava come architrave della procedura penale. Ed è appunto scolpita in un largo gesto della mano, protesa a cacciare arbitrii e soprusi fuori dalle aule di giustizia, che la sua immagine continua a stagliarsi luminosa davanti a me.

Ennio Amodio