

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2023

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 - **Qualcosa non torna: a proposito della particolare tenuità del fatto**

ARTICOLI

Giovanni Cocco - **La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi**

Marco Betzu e Andrea Chelo - **No more Bajrami? Dubbi di incostituzionalità sul diritto transitorio relativo al nuovo art. 495, comma 4-ter, c.p.p.**

OPINIONI

Antonino Galletti - **La nuova disciplina dell'equo compenso: una buona notizia per i professionisti italiani con particolare riferimento alle importanti ricadute per l'avvocatura**

Francesco Compagna - **L'appello dell'imputato assente: un diritto costituzionale sottoposto a nuovi ostacoli**

DALLE CORTI

Fabiana Falato - **La certezza delle situazioni giuridiche è preconditione dello Stato di diritto. A proposito della legittimazione del procuratore generale ad impugnare l'ordinanza che ammette l'imputato alla prova**

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:

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

Comitato di redazione

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

Ersi Bozheku - Guido Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

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

Bruno Andò - 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 - Giuseppe Murone - 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

Editoriali

GIORGIO SPANGHER, *Qualcosa non torna: a proposito della particolare tenuità del fatto* p. 3

Articoli

GIOVANNI COCCO, *La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi* » 7

MARCO BETZU, ANDREA CHELO, *No more Bajrami? Dubbi di incostituzionalità sul diritto transitorio relativo al nuovo art. 495, comma 4-ter, c.p.p.* » 45

ELVIRA DINACCI, *Scrivere il nuovo Codice penale: una sfida culturale prima che giuridica* » 59

MATTEO MINERVINI, *Considerazioni sulla riforma incompiuta in materia di misure di sicurezza per autori "infermi di mente"* » 103

Opinioni

ANTONINO GALLETI, *La nuova disciplina dell'equo compenso: una buona notizia per i professionisti italiani con particolare riferimento alle importanti ricadute per l'avvocatura* » 115

FRANCESCO COMPAGNA, *L'appello dell'imputato assente: un diritto costituzionale sottoposto a nuovi ostacoli* » 129

MATTIA ROMANO, *Questioni problematiche in materia di concorso di persone nel delitto di diffamazione a mezzo internet* » 135

Dalle corti

LEONARDO FILIPPI, *Quattro miti da sfatare sull'intercettazione dei cellulari BlackBerry* » 151

FABIANA FALATO, *La certezza delle situazioni giuridiche è precondizione dello Stato di diritto. A proposito della legittimazione del procuratore generale ad impugnare l'ordinanza che ammette l'imputato alla prova* » 159

MATTEO GIACOMO ARCARO, *La Corte di cassazione conferma l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 103 c.p.p. anche ai difensori senza mandato*

» 171

Pagine senza tempo

LUANA GRANOZIO, *V13 - Emmanuel Carrère*

» 185

Qualcosa non torna: a proposito della particolare tenuità del fatto

Giorgio Spangher

1. È ormai “acquisito” il convincimento che una delle più significative novità della riforma Cartabia, con rilevanti ricadute sistematiche, sia costituita dalla regola di giudizio (o ritenuta tale, lasciandosi privilegiare la tesi che le ricostruisce come indice prognostico dell’inutilità del dibattimento) dell’archiviazione e della sentenza di non luogo, senza trascurare le ricadute in tema di riapertura delle indagini (art. 414 c.p.p.) e di revoca della sentenza di non luogo (art. 434 c.p.p.).

Pur essendo il parametro operativo delle due situazioni processuali omogeneo, invero, non sono poche le loro differenze.

In un caso, il giudice, se non rigetta la richiesta del p.m., impone l’imputazione coatta, (archiviazione); in un altro, il giudice non accoglie la richiesta di rinvio a giudizio del p.m. e pronuncia sentenza di non luogo.

In un caso, la persona offesa può fare opposizione: nell’altro caso, la persona offesa può solo interloquire nel corso dell’udienza preliminare ma, neppure nel caso in cui si sia costituita parte civile, può attivare uno strumento di controllo nei confronti della decisione di non luogo (salvo sollecitare il pubblico ministero ad appellare, ovvero ad attendere gli esiti dell’eventuale giudizio di appello avviato dalla procura).

Va, altresì, considerato che le due decisioni potrebbero fare riferimenti a materiali investigativi, anche molto diversi.

2. Le nuove previsioni intersecano anche le questioni connesse alla decisione di archiviazione (art. 408 c.p.p.) e della sentenza di non luogo (art. 425 c.p.p.) relativamente all’operatività dell’art. 131-*bis* c.p. dove sono previste le situazioni che possono determinare decisioni della particolare tenuità del fatto.

Invero, la decisione di archiviazione e quella di non punibilità sembrano collocarsi ad un livello superiore a quello della previsione generale basata sulla ragionevole previsione di condanna.

Invero, i presupposti delle due pronunce sono la sussistenza del fatto, la sua illiceità, e la responsabilità dell'indagato/imputato.

Quello che difetta è la possibile applicazione della pena, pur restando il fatto offensivo.

Va sottolineato che mentre le decisioni dibattimentali per la particolare tenuità del fatto comportano la confisca ed il risarcimento a favore della parte civile, simili previsioni non operano nella fase delle indagini preliminari.

Ora la specificità di queste situazioni di "condanna" non dovrebbero pregiudicare, stante l'espressa previsione (art. 411, comma 2-*bis*, c.p.p.) e la ritenuta riconducibilità dell'art. 131-*bis* c.p. alla situazione di non punibilità, l'applicazione delle ipotesi di definizione anticipata.

Appare, tuttavia, di una certa evidenza una vasta disarmonia sistemica.

Invero, in relazione ai riti c.d. premiali non mancano situazioni di scostamento degli esiti processuali, tra indagini e dibattimento, in quanto sono legati a scelte attivate dall'imputato ovvero concordate.

Sarebbe da verificare, sotto quest'ultimo profilo, se la decisione di cui all'art. 131-*bis* c.p. sia suscettibile di conseguire anche ad un patteggiamento.

Con molta probabilità, il dato è fortemente condizionato dalla scelta del legislatore di non etichettare la previsione di cui all'art. 131-*bis* c.p. come condizione di improcedibilità (secondo quanto previsto dalla disciplina del processo davanti al giudice di pace, dove peraltro i presupposti sono diversamente delineati ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000).

Il dato è frutto della riapertura del rapporto tra diritto penale sostanziale e diritto processuale, superando quella separatezza che si era determinata con la riforma processuale del 1988, soprattutto in relazione alle scelte premiali dei riti deflattivi.

Una soluzione compromissoria, sul modello ipotizzato dalla riforma del processo penale della Repubblica di San Marino, potrebbe essere rappresentato dal riconoscimento della particolare tenuità come causa di improcedibilità nella fase delle indagini e come causa di non punibilità nella fase del giudizio.

3. Un profilo ulteriormente problematico è costituito dalle questioni degli interessi civili.

In termini generali, deve ritenersi che, potendo essere considerati i comportamenti *post factum* (previsione inserita dal d.lgs. n. 150 del 2022), restituzioni e risarcimenti potranno essere suscettibili di considerazione nelle decisioni di archiviazione e della sentenza di non luogo.

Tuttavia, questi elementi, a differenza delle determinazioni con la sentenza dibattimentale, non sono oggetto di decisione né con l'archiviazione (art. 411 c.p.p.) né con la sentenza di non luogo (art. 425 c.p.p.), consolidando ulteriormente la differenza tra le determinazioni dibattimentali e quelle della fase procedimentale (indagini e udienza preliminare).

Infatti con la sentenza n. 173 del 2022 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 538 c.p.p. nella parte in cui non prevede che

il giudice, quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., decide sulla domanda per la restituzione e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile a norma dell'art. 74 e segg. c.p.p.

La previsione prospetta alcuni interrogativi connessi alla nuova disciplina dell'impugnazione per i soli interessi civili (art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Per un verso, si pone la questione del rapporto tra questa previsione e l'art. 600 c.p.p. dove sono regolate le impugnazioni per le decisioni del giudice di primo grado. Si prevede, infatti, che “quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d'appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, rinviando per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente che decide sulle questioni civili analizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite in sede civile”.

Invero, il perdurante radicamento del termine e le questioni della responsabilità indurrebbero a ritenere la competenza del giudice penale, ma la loro possibile “separazione” solleva qualche incertezza (probabilmente superabile in via interpretativa).

La questione si prospetta più complessa nel caso in cui l'appello o il ricorso (dell'imputato o della parte civile) attengano solo agli interessi civili.

Invero, dovrebbe ritenersi che in questo caso il processo debba proseguire solo in sede civile, con non pochi interrogativi in termini di funzionalità del sistema.

La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi

Giovanni Cocco*

Sommario: **1.** I limiti morali del diritto penale. – **2.** Il rifiuto del moralismo positivo. – **3.** Il moralismo c.d. negativo come limite all'incriminazione. – **4.** Precisazioni sulla c.d. natura meramente sanzionatoria del diritto penale. – **5.** Come il diritto penale deve rivolgersi ai cittadini. – **6.** La voce della comunità politica liberale. – **7.** Il linguaggio morale dell'illecito. – **8.** I reati come illeciti pubblici e il legame con le teorie del bene giuridico e della prevenzione del danno agli altri. – **9.** Il pensiero e le sue mere espressioni non possono essere reato. – **10.** Le condotte che danneggiano solo l'agente non possono essere reati. – **11.** Il tema della prostituzione e il superamento del moralismo positivo. – **12.** Quando la depenalizzazione conseguente al riconoscimento di libertà illimitate può seriamente incrinare la tutela di beni essenziali di ciascun membro della comunità politica. – **13.** Le offese ai sentimenti non possono essere reati. – **14.** I reati sono illeciti pubblici perché riguardano tutti i cittadini. – **15.** Le leggi penali come leggi costituzionali. – **16.** Il divieto di un uso propulsivo del diritto penale.

ABSTRACT

Il saggio propone i lineamenti teorici e ampie esemplificazioni applicative sui caratteri che deve possedere l'illecito penale in ambito liberal-democratico.

The essay proposes the theoretical outlines and extensive applicative examples on the characteristics that the criminal offense must possess in the liberal-democratic sphere.

1. I limiti morali del diritto penale.

In una ideale prosecuzione del complesso percorso per individuare il comportamento umano che solo può essere previsto come reato – dati per presupposti e condivisi il riconoscimento dei limiti posti dalla teoria del bene giuridico e dal principio della prevenzione del danno agli altri (*harm prevention principle*: HPP), nonché i principi di *extrema ratio*, sussidiarietà, anti-giuridicità e colpevolezza¹ – va considerato che dette teorie e principi, pur

* Professore ordinario di diritto penale nella Università degli studi di Padova.

¹ Rinvio in tema, come introduzione all'argomento, a Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, n. 1/2023 (in corso di pubblicazione), scritto rispetto al quale il presente contributo si pone in continuità.

perseguendo e producendo una radicale laicizzazione del diritto penale, non escludono che vi sia un rapporto tra gli illeciti penali e la morale da cui possano derivare ulteriori limiti al legislatore penale: si può, infatti, pretendere che il reato sia in qualche modo immorale e richiedere per la punizione anche la colpevolezza morale². In tal senso il *Model Penal Code* statunitense, nel § 1.02(1)(c), dichiara che tra gli obiettivi del diritto penale (liberale) vi è quello di evitare la sanzione penale di un comportamento *incolpevole*³.

La pena e la minaccia della stessa possono essere, infatti, viste anche sotto la prospettiva di una comunicazione con una persona capace di emettere giudizi morali, il che presuppone che la condotta punibile sia meritevole di una censura di tale natura⁴. Del resto, il principio di colpevolezza è riconosciuto pienamente nel nostro ordinamento⁵ anche con il concorso di valutazioni di tipo morale. Né ciò è in contraddizione con i principi liberali, i quali non sono affatto estranei alla morale⁶, sebbene per molti aspetti si allontanino dal moralismo tradizionale.

2. Il rifiuto del moralismo positivo.

Per spiegare il senso dell'attribuzione di un ruolo alla morale nella criminalizzazione dei comportamenti occorre riprendere il tema del c.d. moralismo giuridico positivo⁷ che – in contrapposizione alle posizioni strumentaliste (o utilitaristiche) e liberali, orientate al perseguimento di scopi pragmatici, essenzialmente costituiti dall'impedire la lesione e il pericolo di lesione di beni giuridici⁸ – mette la immoralità e la colpevolezza morale al centro delle preoccupazioni proprie della legge penale, sostenendo che vi sono buoni motivi per incriminare qualsiasi tipo di condotta immorale⁹. Tesi che contrasta con l'evidenza che vi sono numerose condotte immorali che non possono riguardare il diritto penale: ad esempio il tradimento di un amico, magari

² BRAITHWAITE - PETTIT, *Not Just Deserts*, Oxford, 1990, 99 ss.

³ FEIBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, *Harm to Others*, New York, 1984, cap. 3; DUFF, *Theories of Criminal Law*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008.

⁴ HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993, cap. 2; HIRSCH - HÖRNLE, *Positive Generalprävention und Tadel*, in *GA*, 1995, 270 ss.

⁵ Per tutti v. Corte cost. n. 364/1988.

⁶ Come sottolineato in Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, cit., in part. § 4.

⁷ Su cui già Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, cit., § 5.

⁸ Sulle teorie del reato e conseguenti prese di posizione al riguardo rinvio a Cocco, *Teorie sulla pena e applicazione pratica*, in Cocco - AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte Generale*, II, *Punibilità e pene*, Padova, 3a ed., 2022.

⁹ Cfr. in tema H. MORRIS, *Persons and Punishment*, *The Monist* 1968, 475; N. MORRIS, *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1974; MURPHY, *Marxism and Retribution*, in *PPA*, 1973, 217; HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York, 1976; più di recente WHITE (a cura di), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, New York, 2011; TONRY (a cura di), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, New York, 2011. FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, in FIANDACA - FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, 9.

corteggiandone la fidanzata, evidentemente non è una questione pubblica che riguarda lo Stato o la comunità politica in quanto tale, e non perché non sia grave giacché evidentemente incrina una amicizia o perché vi si oppongono ragioni pratiche di elaborazione e applicazione della legge penale, ma perché attiene alla sfera privata che non è semplicemente affare della legge e tanto meno della legge penale¹⁰.

Posizioni tradizionali sostengono che la natura del diritto penale è perseguire «le principali forme del vizio»¹¹, per cui la condotta è correttamente criminalizzata non solo perché è pericolosa per la società e, quindi, deve essere prevenuta, ma anche per gratificare i sentimenti di odio, vendetta, etc., eccitati da essa in menti pur sane¹². In questa prospettiva – ancorché sembri ancora attribuirsi un fondamento strumentalista al diritto penale, in quanto la soddisfazione di tali sentimenti evita una più violenta, incontrollata e socialmente dannosa espressione¹³ – in realtà detti sentimenti sono considerati risposte in sé adeguate alle forme principali del vizio e meritevoli di essere soddisfatti¹⁴. Le versioni contemporanee di tale posizione vanno dalla assicurazione della coesione sociale con la tutela della moralità costituita¹⁵ alla attribuzione al diritto penale della funzione di realizzare la giustizia retributiva, cosicché ne viene individuato il fondamento nella finalità di punire gli agenti colpevoli per la loro condotta immorale¹⁶, senza nemmeno l'obiettivo di ridurne l'incidenza¹⁷.

Non convince nemmeno la versione aggiornata del moralismo positivo che propugna la incriminazione di condotte immorali particolarmente gravi ma che non provocano danni a beni giuridici¹⁸, che si riduce ad essere la

¹⁰ Il che evidenzia la debolezza della individuazione del tipo di danno da incriminare in quello che ostacola gli *interessi al benessere* poiché tra i beni essenziali per il nostro *benessere* (RESCHER, *Welfare: The Social Issue in Philosophical Perspective*, Pittsburgh, 1972, 6; FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, cit., 37 ss.) vanno annoverati certamente anche l'amicizia e le altre relazioni sentimentali.

¹¹ Cfr. Rapporto Wolfenden, *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, Cmd 247, London, 1957, par. 61. Si veda, ad esempio, la definizione della omosessualità come “turpe vizio” nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V. *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Parte II, *Relazione sui libri II e III del progetto*, Roma, 1929, 314-315, che però reputa non necessario perseguirla penalmente.

¹² Così STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), ed. cur. White, Cambridge, 1967, 152.

¹³ Cfr. GARDNER, *Crime: In Proportion and in Perspective*, in ASHWORTH - WASIK (a cura di), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, 1998, 31 ss.

¹⁴ Cfr. DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

¹⁵ DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965, 13 s.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vo. I, 5a ed., agg. di Nuvolone e Pisapia, Torino, 1985, 25 s., ritiene l'osservanza del minimo etico assoluto garantito dal d.p. necessario e sufficiente per la sicura e civile convivenza in un determinato momento storico.

¹⁶ MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, 35.

¹⁷ MOORE, *Placing Blame*, cit., 662.

¹⁸ V. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, IV, *Harmless Wrongdoing*, New York, 1988; DWORKIN, *Paternalism*, in *The Monist*, 1972, 64.

tutela di un valore in sé stesso, di un principio morale¹⁹. In tale contesto possono collocarsi quelle fattispecie che nemmeno un combinato utilizzo della teoria del bene giuridico e dell'*harm-offense principle* riesce a giustificare. Un caso ancora attuale è quello dell'*incesto* tra adulti consenzienti²⁰, in cui emerge la tutela di specifici orientamenti di valore, per i quali si giustifica l'incriminazione per la produzione di una influenza negativa sul clima sociale in misura tale che i beni giuridici dei membri della società vengono messi in pericolo o addirittura danneggiati²¹. Con tale motivazione viene confermata la legittimità costituzionale della sanzione penale dell'incesto dal *Bundesverfassungsgericht* 26.2.2008²², affermando che le facoltà del legislatore non possono essere limitate invocando i beni giuridici e che i fini che la norma penale persegue non possono dedursi dalla teoria del bene giuridico, poi però tentando di individuare un fondamento della sanzione dell'incesto nei beni giuridici della famiglia, dell'autonomia sessuale e della salute genetica²³. La sanzione penale della bigamia, pur richiamata quale espressione di moralismo positivo, può trovare giustificazione, invece, diversamente anche dall'adulterio, nella tutela di beni giuridici funzionali quando l'ordinamento giuridico riconosca esclusivamente il matrimonio monogamico come base della comunità politica, correlando ad esso una complessa normativa sia quanto al riconoscimento sia quanto alla regolamentazione.

Un esempio di moralismo positivo giudicato, invece, illegittimo dalla Corte cost. n. 162/2014 è costituito dal divieto della *fecondazione eterologa* – evdenziante una analogia con il rapporto sessuale moralmente illecito in quanto con persona diversa dal partner – previsto dall'art. 4 co. 3, l. n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, la cui violazione era sanzionata con sanzione amministrativa (art. 12 co. 1, l. n. 40/2004). La Consulta oppone che la «scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che ... è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», nonché del diritto alla salute psichica della coppia, concludendo che le «limitazioni di tale

¹⁹ HIRSCH, *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*, in HEFENDEHL - HIRSCH - WOHLERS (a cura di), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2006, 51 (*Das Rechtsgutbegriffs und das 'Harm Principle'*, in GA, 2002, 2 ss.).

²⁰ § 173 co. 2 StGB e art. 564 c.p.

²¹ Cfr. WOHLERS, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in FIANDACA - FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 131 s.

²² BVerfG 26.2.2008, 2 BvR 392/07, BVerfGE v. 120, 241 e in RIDPP, 2009, 2091 (n. Dodaro).

²³ Critici, per tutti, HASSEMER, *Opinione dissenziente del giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in RIDPP, 2009, 2104, nella sua opinione dissenziente alla decisione quale giudice del BVerfG 26.2.2008, che evidenzia anche la violazione del principio di proporzione; e ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, in StV, 2009, 544 ss.

libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango», assenti nella specie²⁴.

Se tutte le versioni di moralismo giuridico sostengono che l'immoralità della condotta rilevi in modo significativo nel senso della sua criminalizzazione, in realtà le implicazioni di tale asserzione sono attualmente meno drammatiche di quanto potrebbe apparire perché il moralismo giuridico positivo contemporaneo si limita ad attribuire all'immoralità un ruolo nella criminalizzazione ma non una valenza assoluta a suo favore o, comunque, la reputa una presunzione superabile da altre considerazioni, in particolare relative all'impatto nei confronti della libertà individuale²⁵. D'altra parte, si ammettono altre valide ragioni per criminalizzare oltre all'immoralità. Né il moralismo positivo è indissolubilmente legato alla punizione retributiva, ma può accompagnarsi a finalità preventive e, dunque, condurre alla criminalizzazione di condotte immorali di cui sia in grado di ridurre la incidenza²⁶.

Va da sé, comunque, che se fossimo di fronte a una scelta netta, tra una visione moralista radicale ed una meramente strumentalista del diritto penale, la scelta per quest'ultima sarebbe inevitabile, non ha infatti senso creare e mantenere l'intero edificio del diritto penale (che per taluno, oltretutto, pone problemi morali) semplicemente per punire azioni immorali²⁷ e certamente il nucleo centrale dei fini di un sistema penale contemporaneo deve essere quello di proteggere i cittadini contro specifici tipi di danno ai loro beni, evitando i comportamenti che li provocano.

La questione, però, va vista in filigrana ed occorre evitare di attribuire la pretesa del moralismo positivo esclusivamente alle visioni religiose del mondo, perché non può nemmeno condividersi il moralismo di Stato che pretenda di imporre con il diritto penale o sanzionatorio una asserita laicità, in assenza di qualsivoglia lesione di beni giuridici altrui, come nel caso della sanzione francese (pur solo amministrativa) dell'uso di un costume da bagno coprente tutto il corpo (cd. *burkini*), che può *offendere* solo il nostro buon gusto, da parte di credenti musulmane, sanzione tipica espressione di iper-moralismo positivo²⁸, proponente «un'ideologia *confessionale* dello *Stato ateo*»²⁹ non molto dissimile dall'ateismo di Stato professato dai regimi

²⁴ Cocco, *L'eredità illuministica in materia penale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 26 s., *ivi ult. rif.*

²⁵ MOORE, *Placing Blame*, cit., cap. 18.

²⁶ V. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, IV, cit., 324; FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, cit., 27.

²⁷ Cfr. DE MAGLIE, *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Crim*, 2018, 15.

²⁸ PALIERO, *La laicità penale alla sfida del 'secolo delle paure'*, in *RIDPP*, 2016, 1161.

²⁹ CANESTRARI, *Libertà di espressione e libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in *RIDPP*, 2016, 937.

comunisti, con la contrazione se non l'eliminazione della libertà religiosa, essenziale al pari delle altre libertà nello stato liberale liberal-democratico.

3. Il moralismo c.d. negativo come limite all'incriminazione.

Altra cosa rispetto al moralismo positivo è il ruolo liberale che può assolvere il moralismo negativo, per il quale l'immoralità costituisce solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, per la penalizzazione e, dunque, agisce – come del resto il retribuzionismo negativo – quale vincolo al perseguimento degli obiettivi che forniscono le ragioni positive per il mantenimento di un ordinamento penale³⁰. Nella dottrina tedesca una tale posizione venne elaborata già agli inizi del Novecento da M.E. Mayer, nella teoria delle *Kulturnormen*, secondo cui il reato deve essere un fatto stigmatizzato dalle regole culturali diffuse nella società, le quali però non tutte debbono avere rilevanza penale, in una prospettiva di rafforzamento di valori già condivisi³¹ e non, invece, con lo scopo di svolgere una funzione promozionale di nuovi valori³².

Nella dottrina italiana Mario Romano³³ si chiede «con quale legittimazione sostanziale ... l'autore di un fatto potrà essere sottoposto al sacrificio della libertà personale se la comunità di cui è parte non ritiene – o non ha mai ritenuto, o non ritiene più – quel comportamento meritevole della più grave delle riprovazioni?». In tal senso, la celebre Corte cost. n. 364/1988 sottolinea la «necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di *rilievo costituzionale* e tali da esser percepite anche in funzione di norme *extrapenali*, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

A tali condivisibili asserzioni si oppone però la presenza di molti reati che sembrano costituire *mala quia prohibita*, vale a dire condotte la cui illiceità dipende dalla legge penale che le vieta (anche detti *reati artificiali*), piuttosto che essere *mala in se*, cioè condotte illecite indipendentemente dalla legge penale. Siffatta distinzione, sebbene non sia né chiara né incontroversa, evidenzia il dato molto significativo che a fianco di condotte, come l'omicidio doloso, di cui è indiscutibile la illiceità indipendentemente dalla legge penale,

³⁰ MOORE, *Placing Blame*, cit., 72 ss.; SIMESTER - HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford, 2011, 22 s.; DUFF, *Towards a Modest Legal Moralism*, in *Crim. L. and Philosophy*, 2014, 218 s.; HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of Criminal Law*, Oxford, 2008, 92 s.; cfr. EDWARDS, *Theories on Criminal Law*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.

³¹ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988; CADOPPI, "Too much criminal law". *Per una drastica riduzione della criminalizzazione*, in *SSen*, 2022, 1 ss.

³² Sul divieto liberale di utilizzare il diritto penale quale strumento di promozione di nuovi valori v., *infra*, par. 16.

³³ M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 422.

ve ne sono altre che non sembrano avere la stessa natura, il che certo impone un maggiore rigore – ed in tal senso è apprezzabile il *moralismo negativo* – nella verifica della legittimazione della criminalizzazione, sebbene anche i cd. *mala quia prohibita* possano essere giustificati – ma con rigorosa dimostrazione – quando il legislatore crei un tipo di regolamentazione richiesta dal perseguimento di un qualche aspetto rilevante del bene comune la cui inosservanza sanzioni penalmente³⁴. Come nei casi delle regole sulle armi e sul fine vita, che si ricollegano alla necessità di garantire la vita e l'integrità fisica altrui, di cui tratteremo più avanti³⁵.

Assumono un ruolo rilevante in tema i cc. dd. *beni funzionali*, costituiti dalla regolamentazione e dalle istituzioni preposte alla loro applicazione concernenti settori nevralgici della vita in comune, quali edificare un immobile o realizzare una attività industriale, che, per l'appunto, vengono assoggettati ad un sistema di regole e controlli preventivi e successivi sul loro rispetto da parte di specifiche istituzioni, che rappresentano un bene giuridico a pieno titolo³⁶, la cui lesione può rilevare penalmente.

4. Precisazioni sulla c.d. natura meramente sanzionatoria del diritto penale.

Nel dibattito europeo la questione sembra avere comunanza con l'attribuzione al diritto penale di natura meramente sanzionatoria³⁷ o ulteriormente sanzionatoria³⁸, nel senso che rafforza con la propria sanzione i precetti degli altri rami del diritto. Tuttavia, sebbene sia coerente con il principio di *sussidiarietà esterna*³⁹ che la sanzione penale intervenga una volta dimostrata l'inefficacia degli altri strumenti di tutela e, dunque, logicamente, soltanto successivamente agli altri settori dell'ordinamento, ciò però non significa che sussista una accessorietà del diritto penale intesa come subordinazione nozionale e funzionale alle altre branche del diritto e, in particolare, al diritto

³⁴ GREEN, *Why it's a Crime to Tear the Tag off a Mattress: Over-Criminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, in Emory L.J., 1997, 1533 ss.; GREEN, *The Conceptual Utility of Malum Prohibitum*, in *Dialogue*, 2015, 39; GREEN, *L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum*, in *Crim*, 2016, 15; DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, 2007, cap. 4.4, 7.3; critico HUSAK, *Malum Prohibitum and Retributivism*, in DUFF - GREEN (a cura di), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, 2005, 65 ss.

³⁵ V, *infra*, par. 12.

³⁶ Il tema è approfondito in Cocco, *Beni giuridici personali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, I, 167, a cui si rinvia.

³⁷ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, Leipzig, 1a ed. 1872 (3a ed., 1916), 73.

³⁸ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, *Introduzione e parte prima. Le norme penali sinteticamente considerate*, 2ª ed. (rist.), Milano, 1952, 232 ss.

³⁹ Su cui si rinvia, di nuovo, a Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, cit., in part. § 9.

privato ed al diritto pubblico⁴⁰. Al contrario, il diritto penale ha carattere autonomo, nel senso che la scelta di incriminare una determinata condotta può prescindere dalla preesistente adozione di altri strumenti giuridici di tutela (storicamente il diritto penale è la prima forma di tutela di fondamentali beni giuridici) e che, per le sue particolarmente marcate peculiarità, si avvale di principi e regole del tutto autonomi dagli altri settori dell'ordinamento giuridico ed anche quando richiama direttamente concetti e categorie propri di questi ultimi le sue specifiche esigenze ne comportano di norma una autonoma (o parzialmente autonoma) riscrittura. Ne deriva che può verificarsi che vi siano beni giuridici a cui il diritto penale offra tutela prima ancora che vi provvedano altri settori dell'ordinamento giuridico o che si faccia carico di fronteggiare in via esclusiva specifici comportamenti illeciti in particolari settori o, comunque, operi quale *prima ratio* nel contesto di una significativa deregolamentazione dello specifico settore, ad esempio in materia economica, per evitare di costringerne le relative attività in regole eccessive che ne impediscano il buon funzionamento⁴¹.

Anche in tali casi, però, proprio la teoria del bene giuridico è volta ad evitare che si creino *mala quia prohibita* garantendo si tratti di *mala in se* sebbene di nuovo riconoscimento, in ragione delle mutate condizioni sociali, economiche, etc.; in altre parole, si propone di assicurare che vengano tutelati beni giuridici prepositivi e fondanti, ancorché solo emergenti in tutto il loro rilievo per le necessità della contemporaneità, e che non vengano arbitrariamente creati *ex novo* beni da tutelare che non presentino le qualità individuate.

5. Come il diritto penale deve rivolgersi ai cittadini.

Nella strada percorsa, il bisogno di limiti morali alle posizioni strumentaliste nasce in particolare dalla preoccupazione che queste ultime non rispettino gli individui e i loro diritti, poiché possono promuovere un ingiusto sacrificio dei beni individuali a favore di obiettivi asseritamente “superiori” variamente definiti⁴². Ma più radicalmente occorre interrogarsi se il diritto

⁴⁰ FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8a ed., Bologna, 2019, 35 s.; DELITALIA, VOCE *Diritto penale*, in *ED XII*, 1964, 1097; LÜDERSSSEN, *Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?*, in *FS Eser*, München, 2005, 163.

⁴¹ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*. AT, München, 2a ed., 2007, *passim*; TIEDEMANN, *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, in *FS Stree e Wessels*, Heidelberg, 1993, 527; TRENDELENBURG, *Ultima Ratio?, Subsidiaritätswissenschaftliche Antworten am Beispiel der Strafbarkeit von Insiderhandel und Firmenbestattungen*, Frankfurt a M., 2011, 172 ss.

⁴² SCHÖNEMANN, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Bogotá, 2007, 7; e LEONARD, *Towards a Legal History of American Criminal Theory: Culture and Doctrine from Blackstone to the Model Penal Code*, in *Buffalo Crim. L.R.*, 2003, 691, ascrivono la tendenza ad utilizzare il diritto penale come strumento del «terrorismo di stato» al *common law*, il cui pensiero giuridico-penale non emana dall'Illuminismo e dalla filosofia idealista, ma dal puritanesimo e

penale possa essere considerato come una tecnica la cui positiva giustificazione risiede unicamente nei suoi effetti benefici, oppure se – anche per superare le difficoltà in cui si imbattono la teoria del bene giuridico e della prevenzione del danno⁴³ e sostenerle nel loro obiettivo di limitare il legislatore penale – debba anche costituire un modo intrinsecamente appropriato di affrontare e rispondere al tipo di condotta (il crimine o reato) che costituisce il suo oggetto.

Per intendersi, la moderna pedagogia rifiuta la sanzione corporale come metodo educativo benché chi abbia conosciuto tale metodo ne riconosca talvolta l'efficacia, si reputa, però, che essa sia *intrinsecamente inadeguata* al fine che deve perseguire, perché – oltre che per i limiti in cui incorre qualsiasi finalismo – bisogna mostrare all'interessato il rispetto che gli è dovuto quale agente morale e, dunque, l'obiettivo non deve essere solo di convincerlo, con qualsiasi mezzo efficace, ad agire come deve, ma quello di condurlo, attraverso una discussione morale razionale, a vedere da solo il modo in cui dovrebbe agire⁴⁴.

Analogamente, in tema di giustificazione dell'ordinamento penale si pone la centrale questione – da sempre implicita nella tradizione europea che dibatte, oltre che sul contenuto, sulla *forma della legge penale* – della voce, dei toni e dei termini, con cui il diritto penale deve rivolgersi a coloro che pretende di vincolare⁴⁵.

Per una tesi – che si fa opinabilmente risalire ad Hobbes⁴⁶ – la legge penale non è indirizzata ai cittadini, ma al giudice ed ai funzionari pubblici, stabilendo le azioni che debbono tenere in presenza di determinate condizioni⁴⁷, sebbene si riconosca che debba essere messa a conoscenza o essere facilmente conoscibile dai cittadini, su cui incide pesantemente, ma per una questione di equità non perché ne siano i destinatari. Ma se ciò può ammettersi in taluni casi, non vale per l'ordinamento penale nel suo complesso, specialmente nello Stato liberal-democratico, e in particolare quando definisce i reati. La legge penale, individuando i reati, parla evidentemente a tutti i cittadini, indicando ciò che possono fare o meno, o a categorie di cittadini impegnati in attività particolari: ad esempio la maggior parte delle norme sulla sicurezza sul lavoro sono rivolte (tra gli altri) ai datori di lavoro, la maggior parte delle leggi sulla circolazione stradale sono rivolte agli automobilisti⁴⁸, etc.

Preso atto di ciò, occorre rispondere all'interrogativo su quali siano i giusti toni e i corretti termini con cui il diritto penale deve rivolgersi ai cittadini. Una tesi, propria delle classiche teorie positiviste, afferma che la legge penale,

dall'utilitarismo.

⁴³ Su cui rinvio, di nuovo, a Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, cit., in part. § 7.

⁴⁴ Cfr. DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

⁴⁵ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.; SEMESTER - HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs*, cit., 10.

⁴⁶ Cfr. BYRD - HRUSCHKA, *Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat*, in *JZ*, 2007, 961.

⁴⁷ V. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2a ed. 1994, 35 s., su Kelsen.

⁴⁸ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

in quanto rivolta ai cittadini, si basa su imperativi⁴⁹ e consiste in una serie di divieti di tenere una determinata condotta o, meno frequentemente, di comandi di compiere una determinata azione, sostenuti dalla minaccia della pena per assicurarne l'obbedienza⁵⁰ da parte di chi altrimenti potrebbe non osservarli⁵¹. Precetti a cui si deve obbedire per l'autorità della legge (*dura lex sed lex*) o per il suo potere (*altrimenti si verrà puniti*), anche se nel pensiero positivista classico l'autorità della legge sembra ridursi al suo potere⁵². Così effettivamente suona la voce della legge agli oppositori dei sistemi politici della cui legge si tratti ed agli oppressi dall'altrui sovranità: tale posizione viene estremisticamente espressa dai penalisti nazionalsocialisti della scuola di Kiel⁵³, secondo i quali la stessa concezione del bene giuridico riflette una visione individualistico-liberale superata dal mutamento del rapporto stato-cittadino, che pone al centro del reato la violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico, impersonato dal suo capo (*Führer*)⁵⁴.

6. La voce della comunità politica liberale.

Non può, però, essere questa la voce della legge penale di una comunità politica liberale, la quale se vuole rivolgersi ai membri della comunità i cui valori pretende di esprimere, ad agenti responsabili, deve parlare con la razionale voce dei valori che richiedono la fedeltà dei cittadini quali valori della comunità⁵⁵. La legge penale di un sistema politico liberale deve cioè tendere ad essere una legge che appartiene ai cittadini, come una espressione dei valori che li accomunano, piuttosto che un diritto imposto da un sovrano straniero, che li considera come sudditi⁵⁶. Il legislatore deve affermare che vi sono buone ragioni per incriminare il tipo di condotta che definisce come re-

⁴⁹ BINDING, *Die Normen*, cit., 42 s.; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1934 (trad. cur. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1951); Vienna, 2ª ed. 1960 (trad. e intr. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966), 22 s.; HOYER, *Straf dogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns normentheorie*, Berlin, 1996, 43 s.; cfr. RENZIKOWSKI, *Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre*, in *ARSP* (87), 2001, 110.

⁵⁰ BINDING, *Die Normen*, cit., 42.

⁵¹ Cd. *imperatività* della norma penale: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 15a ed., agg. Conti, Milano, 2000, 51.

⁵² AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832 (rist. a cura di Rumble, Cambridge, 1995); BENTHAM [a], *Principles of Penal Law*, in BOWRING (a cura di), *The Works of Jeremy Bentham*, 11 vol., Edinburgh, 1838-43, I, 336 ss.

⁵³ DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938, 225 s.; SCHAFFSTEIN, *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937, 335 s.

⁵⁴ FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8a ed., Bologna, 2019, 10 s.

⁵⁵ V. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, New York, 2001, 56 s.; DUFF, *Prävention oder Überredung?*, in SCHÜNEMANN - HIRSCH - JAREBORG (a cura di), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, 184 s.; crit. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin 2009, 398.

⁵⁶ Cfr. DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.; COTTERRELL, *Law's Community*, Oxford, 1995, cap. 11.

ato e che i cittadini non debbono tenere, buone ragioni che riflettono i valori della comunità politica⁵⁷.

Ed è in questi termini che si può condividere l'affermazione che alla base della legge penale vi debbono essere ragioni correlate alla illiceità morale della condotta incriminata. Perché, se la legge dichiara che determinati comportamenti non vanno tenuti, anche se possono soddisfare egoistici interessi, e li sanziona con la pena è davvero difficile pensare – a partire dall'idea contrattualista di legittimazione dello Stato e della pena – ad una giustificazione diversa dal riferimento ai doveri morali che i cittadini hanno reciprocamente e nei confronti della comunità politica.

D'altra parte, la legge penale parla tradizionalmente un linguaggio che appare analogo a quello extragiuridico della morale: *responsabilità, colpa, colpevolezza, giustificazione, illiceità, e omicidi, stupri, corruzione, furto* e simili, tutte espressioni che non possono avere significati radicalmente differenti nell'uso legale ed extragiuridico, altrimenti la legge penale non sarebbe facilmente comprensibile per i cittadini, cosicché va riconosciuto che le definizioni legali dei reati sono destinate ad essere le definizioni legali di illeciti morali, di tipi di condotta che sono illeciti anche pre-giuridicamente, cioè sono *mala in se*, o sono violazioni di regole che, una volta create, per il ruolo che hanno per il comune benessere, i cittadini hanno in primo luogo l'obbligo morale di osservare⁵⁸. Le definizioni legislative dei reati spesso non corrispondono con precisione alla comprensione extragiuridica dei relativi illeciti morali, poiché vi possono essere vincoli pratici e morali (i limiti liberali) relativi all'applicazione della legge e al processo penale che lo impongono, ma le definizioni della legge debbono essere fondate su quelle concezioni morali extragiuridiche. Ciò che il diritto penale deve dire ai cittadini non è, quindi, che essi debbono astenersi da tali comportamenti perché sono proibiti dalla legge ma che debbono astenersi da tali comportamenti perché sono intrinsecamente illeciti⁵⁹.

La dottrina tedesca ha elaborato la teoria della meritevolezza (in riferimento a genere e gravità del fatto) e del bisogno (nel senso di necessità) della pena⁶⁰ per dare concretezza al concetto materiale di reato. Sono reati in senso materiale solo quelle condotte rispetto alle quali risulta adeguato reagire con la pena, da intendersi quale sanzione a cui si associa un rimpro-

⁵⁷ Per la sottolineatura della censura morale H. Morris, *A Paternalistic Theory of Punishment*, in *American Phil. Quarterly*, 1981, 263 ss.; HAMPTON, *The Moral Education Theory of Punishment*, in *Phil. and Public Affairs*, 1984, 208 ss.; DEMETRIOU, *Justifying Punishment: The Educative Approach as Presumptive Favorite*, in *Crim. Justice Ethics*, 2012, 2.

⁵⁸ Cfr. GREEN, *Why it's a Crime*, cit., 1533; DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

⁵⁹ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.; HOSKINS, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, in *Ohio State J. of Crim. L.* 2011, 369.

⁶⁰ FRISCH, *An der Grenzen des Strafrechts*, in *FS Stree e Wessels*, Heidelberg, 1993, 77 ss.; KÜHLEN, *Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito*, in WOLTER - FREUND (a cura di), *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, 2004, 131 ss.

vero etico-sociale specialmente grave⁶¹. Condotte che si caratterizzano per un disvalore di azione e di risultato specialmente elevato, con una lesione specialmente grave di beni particolarmente qualificati e una decisione dell'agente qualificata contro le altrui pretese su detti beni⁶². Quanto minore sarà la realizzazione di siffatte condizioni quanto più problematico sarà reagire penalmente contro di esse.

7. Il linguaggio morale dell'illecito.

Insomma, l'ordinamento penale è necessario per dissuadere i cittadini che ne hanno bisogno dal commettere un tipo di illecito assurdo al rango di reato di rilievo anche morale. La nota tesi strumentalista secondo cui lo scopo centrale dell'ordinamento penale è quello di ridurre l'incidenza dei reati, minacciando coloro che potrebbero commetterli con pene che li scoraggino, dunque utilizzando il linguaggio coercitivo della dissuasione, non esclude che, *in primis*, l'appello della legge ai cittadini vada posto con il linguaggio morale dell'illecito e non soltanto perché siffatto appello è probabilmente anche strumentalmente efficace, ma soprattutto perché è intrinsecamente appropriato ai rapporti della legge penale con i cittadini di una comunità politica liberale.

Il diritto penale deve dare una risposta adeguata agli illeciti di natura penale, li riconosce pubblicamente e li stigmatizza definendoli come reati, chiama gli accusati a risponderne attraverso un processo e li dichiara colpevoli e li punisce quando ne dimostra la responsabilità, così comunicando anche la censura della comunità. Si tratta di una risposta al crimine giustificata non solo strumentalmente, ma - come sostiene il moralismo giuridico - anche perché ad esso intrinsecamente adeguata. In tali termini si può riconoscere che in una democrazia liberale il diritto è essenzialmente la positivizzazione di un settore della morale sociale, lo stesso procedimento che lo produce è frutto delle scelte dei membri rappresentativi della società, che portano con sé le convinzioni morali proprie e di coloro che rappresentano; e, a maggior ragione, lo è il diritto penale, che esprime il nucleo delle convinzioni sostenute dai gruppi che configurano la società⁶³. Con le parole della dottrina tedesca della meritevolezza⁶⁴, può dirsi che possono punirsi solo le condotte che presentano *le proprietà* che consentono una pena, insomma, dobbiamo considerare seriamente tale peculiare gruppo di illeciti se vogliamo *prendere sul serio i valori che offendono*.

Dunque, l'obiettivo centrale della legge penale, peculiare rispetto ad altri tipi di legge e che ne giustifica l'esistenza, è quello di definire e dichiarare la

⁶¹ FRISCH, *An der Grenzen des Strafrechts*, cit., 85; KÜHLEN, *Es posible limitar*, cit., 133.

⁶² FRISCH, *An der Grenzen des Strafrechts*, cit., 87.

⁶³ SEHER, *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, in HEFEHNDEL - HIRSCH - WOHLERS (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., 87 ss.

⁶⁴ Per tutti FRISCH, *An der Grenzen des Strafrechts*, cit., 69 ss.

penalità di peculiari tipi di illeciti, al fine non soltanto di dissuadere i cittadini dal commetterli, ma anche di dare risposte adeguate a coloro che li commettono. Nel definire come criminale una condotta, la legge la identifica come un comportamento da cui vi sono buone ragioni per astenersi e, quindi, come un comportamento del quale verrà chiesta pubblica giustificazione e a cui conseguirà la condanna e la punizione. Giustificare un sistema di diritto penale è affermare che vi sono tipi di illeciti che lo Stato deve individuare e a cui deve rispondere in siffatto specifico modo, tipi di illeciti che lo Stato prende sul serio e si attende dai cittadini analoga attenzione⁶⁵.

8. I reati come illeciti pubblici e il legame con le teorie del bene giuridico e della prevenzione del danno agli altri.

Chiariti questi ulteriori profili possiamo procedere a rispondere all'interrogativo su quale tipo di comportamento illecito merita la definizione di reato. Tra gli estremi del *moralismo giuridico positivo* e la tesi opposta che nega all'immoralità un qualsivoglia ruolo nell'incriminazione, la esperienza sembra indicare una terza via, cioè la presenza di un particolare tipo di condotte immorali con riguardo alle quali unicamente è appropriata l'utilizzazione della legge penale, che possiamo definire illeciti *pubblici*, mentre gli illeciti semplicemente *privati* o sono estranei al diritto o sono questioni civili e non penali; resta, però, il problema di individuare i primi e di trovare il modo di distinguerli da quelli *privati*⁶⁶.

Per una teoria strumentalista pura ovviamente si tratta di una questione pragmatica: decidiamo quale tipo di immoralità criminalizzare e quale affrontare in altro modo o ignorare, individuando le tecniche più adatte ai nostri fini, sia extragiuridiche: ad es. istruzione, pubblicità e *prevenzione situazionale*, cioè riduzione delle opportunità criminali⁶⁷; sia legali: ad esempio il sistema fiscale, cioè la tassazione di una condotta che si vuole limitare, o la previsione del risarcimento di qualunque danno causato. Ma la conseguenza di quanto affermato in punto di immoralità della condotta è che la scelta tra queste tecniche non può essere puramente pragmatica, sebbene le questioni di efficienza siano importanti, prima va individuato quale misura sia intrinsecamente appropriata per la condotta illecita considerata e, specificamente, se merita un pubblico procedimento e la condanna penale⁶⁸.

Per trovare indicazioni idonee a delimitare la categoria dell'illecito pubblico di recente si è felicemente ricollegato il principio della prevenzione del danno agli altri alla teoria del bene giuridico, di cui si è evidenziata la prossi-

⁶⁵ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

⁶⁶ LAMOND, *What is a Crime?*, in *OJLS*, 2007, 609.

⁶⁷ HIRSCH - GARLAND - WAKEFIELD (a cura di), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford, 2000.

⁶⁸ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

mità al principio di dannosità sociale⁶⁹, ambedue finalizzati a porre dei limiti alla incriminazione: se è danno la lesione di un interesse rilevante⁷⁰ e si interpreta tale interesse come una risorsa alla cui integrità ha diritto un soggetto coinvolto, è dannosa la condotta che colpisce una siffatta risorsa. Il concetto di risorsa è, dunque, diverso dai fini di tutela e deve intendersi con un mezzo o una capacità che normalmente ha un certo valore per il mantenimento di uno standard di qualità della vita per un certo lasso di tempo⁷¹, essenziale ai fini della propria autorealizzazione⁷²: ad es. proprietà o integrità fisica. Cosicché si comprende come l'interesse del terzo danneggiato anglosassone esprima un concetto non dissimile dal bene giuridico della tradizione continentale⁷³ e possa in qualche misura concorrere a determinarlo, poiché il principio della prevenzione del danno agli altri sottolinea quella che per una parte significativa della dogmatica continentale⁷⁴ è la necessità che il bene giuridico sia di natura individuale o personale, fino a considerare i beni giuridici collettivi la somma di quelli individuali⁷⁵. Infatti, il principio del danno può considerare condotte lesive di beni collettivi, ma esige che il fondamento della protezione di tali beni si basi sulla protezione della qualità della vita degli esseri umani, ad es. il *diritto penale tributario* si basa sul fatto che la tassazione si riflette nella qualità della vita dei cittadini garantendo fondamentali servizi pubblici⁷⁶, ciò vale anche per la tutela dell'ambiente o del territorio, nonché della sicurezza pubblica, quando concerna in definitiva la integrità fisica dei cittadini. Si afferma anche che un bene giuridico collettivo può essere tutelato penalmente quando la sua lesione si rifletta simultaneamente nella elisione di un bene giuridico individuale⁷⁷. Sono esclusi, pertanto, gli interessi superindividuali privi di un sostrato personale afferrabile⁷⁸ – tra cui, ad esempio, lo stesso concetto di ordine pubblico inteso in senso ideale – che finiscono per comportare la sanzione di condotte inoffensive per i consociati *in carne ed ossa* e costituiscono una mera disobbedienza all'autorità⁷⁹, per

⁶⁹ Cfr. sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4aed., 2006, 54; SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus - eine Sisyphus-Arbeit?*, in HIRSCH - NEUMANN - SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, 222 ss.

⁷⁰ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, cit., cap. 1.

⁷¹ HIRSCH, *El concepto de bien jurídico*, cit., 42; HIRSCH - JAREBORG, *Ganging criminal harm: A living standard analysis*, in *OJLS*, 1991, 1 ss.

⁷² FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, cit., 31 s.

⁷³ WOHLERS, *Le fattispecie penali*, cit., 130.

⁷⁴ In specie la scuola penalistica di Francoforte e per tutti Hassemer.

⁷⁵ Cfr. COCCO, *Introduzione (reati contro l'incolumità pubblica)*, in COCCO - AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale*, I, *I reati contro le persone*, Padova, 2014, 155 ss.

⁷⁶ HIRSCH, *El concepto de bien jurídico*, cit., 45.

⁷⁷ GRECO, *Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?*, in *FS Roxin*, Berlin-New York, 2011, 213.

⁷⁸ Per tutti CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 2013, n. 20, 427, *ivi* rif. in n. 13.

⁷⁹ Cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli,

tutti, per l'appunto, «la creazione artificiale del topos immaginario della sicurezza collettiva che ha come bene finale di copertura niente meno che il Grundrechtsgut della vita dei cittadini»⁸⁰.

Tali principi sono anche alla base della Costituzione italiana, che afferma il primato della persona e dei suoi diritti fondamentali (art. 2 Cost.), il pluralismo e la laicità dello Stato, a partire dalla pari dignità ed eguaglianza di religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali (art. 3 co. 1), l'inviolabilità della libertà personale (art. 13) e il riconoscimento della salute quale diritto e non quale dovere (art. 32), in definitiva fondandosi sul riconoscimento della «precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato e la definizione di questo al servizio di quella»⁸¹. Può anche farsi riferimento ai diritti fondamentali dell'uomo quali oggetto e fondamento della tutela penale⁸², sebbene nemmeno la dimensione europea di tali diritti sia in grado di fornire risposte definitive alla questione⁸³.

Insomma, può concludersi che l'unico scopo per il quale la pena può essere legittimamente utilizzata nei confronti di un membro di una comunità civilizzata è quello di prevenire danni agli altri⁸⁴, cioè la lesione di beni giuridici altrui; di conseguenza è correttamente candidata alla criminalizzazione esclusivamente una condotta che danneggi ingiustamente o minacci di danneggiare concretamente beni altrui.

9. Il pensiero e le sue mere espressioni non possono essere reati.

Una prima conseguenza esclude che il mero pensiero possa essere criminalizzato ancorché possa essere moralmente scorretto⁸⁵. Il pensiero è privato, solo la condotta è pubblica e sicuramente solo ciò che effettivamente incide sul nostro condiviso mondo sociale o materiale può essere propria-

1997, 66-67.

⁸⁰ PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim*, 2012, 109; DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *CP*, 2008, 3558 s.; PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *CP*, 2009, 805 ss.; PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *RIDPP*, 2009, 547 s.

⁸¹ DOSSETTI, in *Atti Assemblea costituente*, I Sc., 10.9.1946; CAVALIERE, *Paternalismo*, cit., 424; COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 485; COCCO, *L'eredità illuministica in materia penale*, cit., 1 ss.

⁸² DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986 (*Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cur. Palazzo, tr. Bernardi A., Milano, 1992).

⁸³ PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e corti europee. Che cosa è 'sostanzialmente penale'*, in DONINI - FOFFANI (a cura di), *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 10.

⁸⁴ J.S. MILL, *On Liberty*, London, 1859, cap. 1, par. 9; DONINI, *'Danno e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, in *RIDPP*, 2008, 1546; FORTI, *Principio del danno e legittimazione 'personalistica' della tutela penale*, in *RIDPP*, 2008, 597; FRANCOLINI, *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *RIDPP*, 2008, 276; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., 21.

⁸⁵ Ad es. desiderare la donna d'altri è vietato dai *Dieci comandamenti* ma mai potrebbe essere considerato un reato.

mente di interesse per lo Stato e per il suo diritto penale, non il mero pensiero che non sia espresso o attuato, il quale non ha siffatto impatto: insomma non può esservi un reato se la volontà criminosa non si materializza in un comportamento esterno (cd. principio di materialità).

Si tratta però di un limite davvero modesto, che non è nemmeno in grado di escludere dalla incriminazione la espressione del pensiero: il discorso (*speech*), che ha certamente un impatto sul mondo.

Si pensi al problema del *negazionismo*, inteso come negazione del genocidio degli ebrei e di consimili eventi storici come il genocidio degli armeni, riguardo a cui si legittima la sanzione penale quando la condotta sia tenuta in circostanze di tempo e di luogo in concreto pericolose per la pace pubblica⁸⁶. Mentre la incriminazione del negazionismo come mera manifestazione di una opinione è da respingere in virtù della massima libertà di espressione e di ricerca e prima ancora per l'assenza di un danno a un bene giuridico, essendo semmai presente una offesa ai sentimenti⁸⁷, la cui sanzione penale in un mondo pluralista non pare accettabile⁸⁸, poiché si tratta della tutela di un valore identitario incompatibile con un paradigma laico di diritto penale⁸⁹.

Il tema è controverso. Se, da un lato, va segnalato che il *Tribunal Constitucional* spagnolo 7.11.2007, n. 235, ha dichiarato incostituzionale la sanzione penale della negazione del genocidio (art. 670.2 c.p.); e il *Conseil constitutionnel* francese 28.2.2013, n. 647, ha giudicato incostituzionale la sanzione penale della negazione del genocidio armeno commesso dai turchi tra il 1915/1917 perché vulnera la libertà di opinione e comporta una ingerenza inammissibile nel lavoro della scienza storica. Mentre, Corte edu GC, 15.10.2015, n. 27510/08, *Perinçek c. Svizzera*, ha escluso che le affermazioni neganti l'olocausto armeno del ricorrente⁹⁰ possano essere assimilabili a *crimini d'odio* (*hate speeches*), in quanto è assente la componente di incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione (§ 240) o la 'capacità, diretta o indiretta, di produrre conseguenze negative nei confronti del popolo

⁸⁶ Così § 130.3 StGB; pro M. ROMANO [a], *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim*, 2011, 42; M. ROMANO [d], *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *RIDPP*, 2007, 502.

⁸⁷ V., *infra*, § 13.

⁸⁸ HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt a.M., 2005; ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, I, 715; GIMBERNAT, *Presentación*, in HEFENDEHL - HIRSCH - WOHLERS (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., 21; KÜHL, in BERNSTEIN - ULSENHEIMER (a cura di), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, 2003, 103 s.; DI MARTINO, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale?) del negazionismo*, in COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neilluminismo penale*, cit., 191.

⁸⁹ PALIERO, *La laicità penale*, cit., 1190.

⁹⁰ Condannato dai tribunali elvetici ex art. 261-bis c.p. svizzero, che al co. 4 sanziona «chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità»

armeno' (§ 207), concludendo per la violazione dell'articolo 10 CEDU (libertà di espressione) da parte della Svizzera. Dall'altro, la Corte edu V, 31.1.2019, n. 64496/17, *Williamson c. Germania*, ha affermato che la criminalizzazione di dichiarazioni negazioniste (nella specie contenute nella legislazione tedesca: art. 130 § 3 StGB), pur limitando la libertà di espressione, è conforme alla CEDU, poiché costituisce un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione necessaria in una società democratica.

Questi argomenti si riflettono, tra l'altro, sulla valutazione della previsione dell'art. 604 *bis* c.p., di cui sono criticabili per la genericità delle espressioni utilizzate il co. 1°, lett. a)⁹¹ e il co. 2°⁹², ma soprattutto il co. 3°, relativo al negazionismo⁹³, con particolare riferimento alla propaganda collegata al pericolo di diffusione, che pur così delineata si pone al confine con la sanzione della mera espressione di una idea pur aberrante.

Di tal genere sono anche le preoccupazioni concernenti le iniziative legislative volte a dare speciale tutela anche penale alle persone omosessuali, che pongono seri interrogativi sulla loro potenzialità espansiva nella direzione della sanzione penale per chi afferma (o predica) che l'omosessualità sia un *peccato*, secondo note concezioni religiose, che la clausola che attribuisce rilievo penale alla libera espressione di convincimenti od opinioni quando «idonea a determinare il concreto pericolo di atti discriminatori», contenuta nell'art. 4 del cd. d.d.l. Zan, non è certo capace di escludere, anzi, finisce per confermare nella sua ambiguità e vaghezza. Infatti, la norma sanziona il pericolo (idonea a) di pericolo⁹⁴ di atti discriminatori conseguenti alla libera espressione di convincimenti od opinioni, potrebbero essere, dunque, coinvolte, con buona probabilità visti i precedenti storici, quale fonte di pericolo di discriminazione comodamente le Sacre scritture e le

⁹¹ La lett. a) sanziona con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La lett. b), invece, sanziona con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

⁹² Vieta ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e sanziona chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni; mentre coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

⁹³ Il quale sanziona con la reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

⁹⁴ Definito "concreto pericolo" che non deve però realizzarsi: un banale trucco linguistico per occultare che non v'è affatto necessità di alcun reale evento lesivo o pericoloso per l'integrazione della previsione, ma è sufficiente una fastidiosa libera espressione di convincimenti od opinioni.

predicazioni che vi fanno riferimento e, in verità, ogni altra espressione non conforme alla nuova dottrina da imporsi con il diritto penale. Tale iniziativa legislativa rientra perfettamente, dunque, negli schemi utilizzati per analizzare e criticare le pretese di sanzione penale a tutela delle concezioni morali cattoliche (ormai però recessive, mentre altre si propongono e preoccupantemente con lo stesso vecchio armamentario) e le attività dei c.d. *imprenditori della moralità*. Infatti, anche in tal caso la azione dei *moral entrepreneurs* «si indirizza in modo univoco su una domanda di incriminazione per condotte su cui il bisogno di pena non è avvertito incondizionatamente dalla collettività ma ... è invece assai controverso nell'opinione pubblica», sennonché il vero obiettivo perseguito è «il riconoscimento della cultura e dei valori espressi dalla propria classe sociale». «Le conseguenze sono perciò evidenti: all'imprenditore di moralità non interessa affatto la tutela della vittima (che il più delle volte non c'è...)»⁹⁵.

Rinunciare a porre in discussione questo genere di previsioni, che sconfinano nella sanzione della espressione immorale per questa o quella concezione e, dunque, con il moralismo positivo e la tutela dei meri sentimenti significa rinunciare alla costruzione di uno Stato di diritto, ovvero alla necessità di porre limiti anche al legislatore nel perseguimento delle sue politiche, adeguandosi al moralismo positivo del momento.

10. Le condotte che danneggiano solo l'agente non possono essere reati.

Nella prospettiva indicata non è giustificata anche la incriminazione di condotte che danneggiano solo l'agente, come propugna invece il cd. *paternalismo duro*⁹⁶ o *dispotico*⁹⁷.

Tutt'altra cosa è il c.d. *paternalismo debole (soft)* o *tutorio*⁹⁸, che interviene legittimamente, anche penalmente, per proteggere la persona quando la sua *scelta* non sia autonoma, ma viziata in termini di età, capacità, etc., e dunque garantisce l'effettiva libertà di tutti⁹⁹, costituendo, dunque, in realtà un corollario del principio della prevenzione del danno ai terzi costituiti dai

⁹⁵ V. DE MAGLIE, *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Crim*, 2018, 27 s., in tema di aborto, a sottolineare che l'ambizione di utilizzare impropriamente il diritto penale non ha colore.

⁹⁶ Cfr. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, *Harm to Self*, New York, 1986.

⁹⁷ SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *RIDPP*, 3/2014, 1209 ss.

⁹⁸ SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., 1209 ss.

⁹⁹ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, cit., 12 s.; CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA - FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, 93-94; CANESTRARI - FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, *The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, 185.

soggetti deboli¹⁰⁰. È decisiva, pertanto, la rigorosa individuazione dei soggetti deboli, per evitare operazioni di occultamento di scelte frutto di paternalismo duro¹⁰¹, come nella giustificazione di Roxin¹⁰² della sanzione del consumo di droghe perché riduce i pericoli della droga «per i consumatori incapaci di responsabilità», in cui vi è sostanzialmente la identificazione tra consumatore e incapace di responsabilità, un semplice trucco retorico per evitare la contestazione della sanzione penale di un “vizio”.

La necessità dell'altruità del danno ad un bene giuridico mette di per sé in crisi ogni genere di *proibizionismo* contro droghe, alcool, prostituzione che pretenda di avvalersi del diritto penale¹⁰³ ancorché non direttamente sul consumatore finale. Al rifiuto netto di forme, anche moderate, di *paternalismo legale* che usino il diritto penale per la affermazione di una società senza vizi individuali non possono infatti opporsi i costi sociali di cure e ospedalizzazioni degli utilizzatori gravanti sull'intera comunità – come propugna un uso, non tanto conservatore¹⁰⁴, quanto *fraudolento* del principio del danno – per tre ordini di ragioni: *pragmatiche*, poiché i costi del diritto penale in termini economici e di libertà individuale sono ben maggiori di qualsiasi altro intervento statale; *morali*, perché il diritto penale non è una risposta in sé appropriata a tali problemi; ed, infine, *di principio*, perché la salute è un bene giuridico personalissimo per definizione e non può ritenersi oggetto di alcun contratto sociale che la metta *tout court* a disposizione della collettività¹⁰⁵.

Va evidenziato, d'altra parte, che la criminalizzazione (ma vale anche per la sanzione amministrativa) dell'uso può trasformare una droga in un frutto proibito più appetibile per i potenziali consumatori e mettere la produzione nelle mani di bande criminali che rendono il consumo sempre più dannoso. Gli utenti possono diventare meno disposti a cercare cure mediche per paura di esporsi e possono finire con precedenti penali che portano all'esclusione sociale e danneggiano le loro prospettive di lavoro negli anni a venire¹⁰⁶, cosicché appare chiaro che il danno provocato dalla criminalizzazione è sproporzionato rispetto a qualsiasi danno prevenuto e che il rapporto costi benefici pende, dunque, nel senso della sottrazione alla sfera penale di tutta la materia, che è diventata un fertile terreno di arricchimento delle più pericolose associazioni criminali e terroristiche internazionali. Insomma, il paternalismo penale, oltre ad essere inammissibile in teoria¹⁰⁷ è anche inutile

¹⁰⁰ SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., 1222.

¹⁰¹ PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi M. Romano*, Napoli, 2011, 511.

¹⁰² ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit.

¹⁰³ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., 21; HIRSCH, *El concepto de bien jurídico*, cit., 45 s.; crit. M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali*, cit., 41; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *RIDPP*, 2008, 994 s.

¹⁰⁴ Così FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano*, cit., 21 ss.; HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *JCLC*, 1999, 109 ss.

¹⁰⁵ È il principio affermato dall'art. 32 Cost., in tema Cocco, *Un punto sul diritto di libertà*, cit., 490 s.

¹⁰⁶ V. United Nations Office on Drugs and Crime, 2015.

¹⁰⁷ SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la ultima ratio*, cit., 31 s., criticamente su BVerfG 9.3.1994, in

in concreto e addirittura criminogeno favorendo la grande criminalità organizzata¹⁰⁸.

Diversa questione, ovviamente, è la sanzione penale dei danni a terzi provocati a causa dell'assunzione di sostanze stupefacenti o in stato ubriachezza, laddove la legge penale deve senz'altro intervenire rigorosamente.

11. Il tema della prostituzione e il superamento del moralismo positivo.

Il tema della prostituzione, di cui è controversa la collocazione tra *paternalismo duro* e *paternalismo debole*, è stato recentemente affrontato dalle sentenze della Corte cost. nn. 141/2019 e 278/2019, con riguardo alle condotte che la *favoriscono*, sentenze che costituiscono un utile riferimento per districarsi nella materia dei limiti al legislatore e dei possibili interventi correttivi delle corti costituzionali.

La Corte configura la prostituzione come *attività economica di tipo autonomo*, non come diritto fondamentale, il che pare più che evidente, ed afferma che i limiti posti dall'art. 41 co. 2 Cost. giustificano la compressione delle possibilità di sviluppo dell'attività di prostituzione - di cui si presentano tutti i profili critici nella prospettiva della *libertà* e della *dignità della persona* - che deriva dalle norme in questione. Viene, dunque, respinto un approccio moralistico positivo e richiamati i temi della tutela dei terzi deboli di cui la legislazione deve farsi carico.

Per quanto riguarda i limiti al legislatore, con riferimento alla censura delle previsioni per contrasto con il principio di offensività, la Consulta reputa insindacabile l'incriminazione in questione poiché «costituisce materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla *meritevolezza* e al *bisogno di pena* - dunque, sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa - sono, infatti, per loro natura, tipicamente politici (sentenze n. 95 del 2019 e n. 394 del 2006). Le scelte legislative in materia sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio (*ex plurimis*, sentenze n. 95 del 2019, n. 273 e n. 47 del 2010; ordinanze n. 249 e n. 71 del 2007; nonché, con particolare riguardo al trattamento sanzionatorio, sentenze n. 179 del 2017, n. 236 e n. 148 del 2016)»¹⁰⁹. Affermazioni che appaiono alla Corte cost. ancor più valide «in rapporto a un fenomeno come quello della prostituzione, il quale, per quanto rilevato in

BVerfGE 90, 145, che legittima la sanzione penale del possesso per autoconsumo di *cannabis*; la Corte suprema argentina 25.8.2009 ha affermato, invece, la incostituzionalità del divieto penale del consumo personale di droghe perché invade la sfera della libertà individuale (su cui v. GRECO, *The Conceptual Utility of Malum Prohibitum*, in *Dialogue*, 2015, 73 s.

¹⁰⁸ HUSAK, *Droghe illecite: un test dei 'limiti morali del diritto penale' di Joel Feinberg*, in CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 32.

¹⁰⁹ Corte cost. n. 141/2019.

apertura di discorso, si presta a un'ampia varietà di differenti valutazioni e strategie d'intervento»¹¹⁰.

In particolare, quanto alla limitazione della discrezionalità legislativa che deriva dall'esigenza di rispetto del principio di offensività, la Corte ribadisce che tale principio opera «su due piani distinti. Da un lato, come precetto rivolto al legislatore, il quale è tenuto a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (cosiddetta offensività *in astratto*). Dall'altro, come criterio interpretativo-applicativo per il giudice comune, il quale, nella verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, dovrà evitare che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (cosiddetta offensività *in concreto*) (sentenze n. 225 del 2008, n. 265 del 2005, n. 519 e n. 263 del 2000).

Quanto al primo versante, il principio di offensività *in astratto* non implica che l'unico modulo di intervento costituzionalmente legittimo sia quello del reato di danno. Rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore l'opzione per forme di tutela anticipata, le quali colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo, nonché, correlativamente, l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva (sentenza n. 225 del 2008): prospettiva nella quale non è precluso, in linea di principio, il ricorso al modello del reato di pericolo presunto (sentenze n. 133 del 1992, n. 333 del 1991 e n. 62 del 1986)»¹¹¹. Con il limite «che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*»¹¹².

Sul tema specifico la Consulta – dopo avere preso atto del passaggio, nella lettura giurisprudenziale, del bene tutelato dalla moralità pubblica e buon costume alla dignità della persona esplicitata attraverso lo svolgimento dell'attività sessuale, che non potrebbe costituire materia di contrattazioni¹¹³ – risponde alle critiche secondo cui il «richiamo al concetto di dignità – che nella cornice del più recente orientamento assume chiaramente una valenza oggettiva – maschererebbe, nella sostanza, una riesumazione della vecchia prospettiva della tutela della morale dominante: valore insuscettibile – in assunto – di assurgere a oggetto della tutela penale, ostandovi il principio di laicità dello Stato, che impedirebbe di assoggettare a pena determinate condotte solo perché considerate dai più eticamente scorrette»¹¹⁴, affermando che le incriminazioni in questione sono «conciliabili con il principio di offensività *in astratto* ove riguardate nell'ottica della protezione dei diritti

¹¹⁰ Corte cost. n. 141/2019.

¹¹¹ Corte cost. n. 109/2016; conf. Corte cost. n. 141/2019.

¹¹² Corte cost. n. 225/2008; in prec. Corte cost. n. 333/1991; conf. Corte cost. nn. 109/2016; 141/2019.

¹¹³ III, 17.11.2017, n. 14593/2018; C. III, 19.7.2017, n. 5768/2018.

¹¹⁴ Corte cost. n. 141/2019

fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta»¹¹⁵, seppur non costituzionalmente imposte.

Alla valutazione di ragionevolezza della fattispecie incriminatrice la Consulta fa seguire, tuttavia, la necessità di operare una valutazione della offensività in concreto «e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva»¹¹⁶, ovvero non coinvolgano negativamente libertà e dignità della persona.

In conclusione, la Corte, nella pur opportuna astensione dall'attribuirsi un ruolo attivo nella costruzione della fattispecie incriminatrice, richiedendo la verifica giudiziale "in concreto" dell'offesa a libertà e dignità della persona, non fa altro che introdurre un "astratto" elemento di fattispecie in termini di evento lesivo, implicito nella lettura costituzionalmente orientata della previsione, che in realtà supera anche la lettura del moralismo positivo laico, emergente anche nella citata giurisprudenza di legittimità, per cui l'attività economica della prostituzione costituisce in sé una attività deprecabile, ammettendo che vi possa essere un suo esercizio rispettoso della libertà e dignità della persona.

12. Quando la depenalizzazione conseguente al riconoscimento di libertà illimitate può seriamente incrinare la tutela di beni essenziali di ciascun membro della comunità politica.

Emerge anche dalla giurisprudenza appena citata che vi sono ambiti in cui legittimamente il diritto penale entra in campo contraendo i diritti individuali in una prospettiva di tutela di beni di maggior rilievo e di interesse di ciascun membro della comunità politica. Un esempio significativo può essere costituito dalla criminalizzazione del possesso di armi, notoriamente non ammessa negli USA, ma prevista in Italia. Infatti, se possedere una pistola non è di per sé dannoso e la maggioranza (anche negli USA) la possiede senza mettere a rischio irragionevolmente la vita altrui, la superficiale applicazione del principio del danno agli altri dovrebbe impedire la criminalizzazione di ciò che è riconosciuto come un diritto, persino di rango costituzionale negli USA. Tuttavia, proprio una puntuale applicazione del principio della prevenzione del danno agli altri consente di criminalizzare il generale possesso (non autorizzato) di armi perché evita danni che non sarebbero altrimenti prevenuti a un costo non sproporzionato¹¹⁷.

¹¹⁵ Corte cost. n. 141/2019

¹¹⁶ Corte cost. n. 141/2019.

¹¹⁷ EDWARDS, *Theories on Criminal Law*, cit.

Non dissimile il modo con cui va affrontata la questione dell'aiuto al suicidio e dell'eutanasia, fuori dal contesto del rifiuto di cure salva vita¹¹⁸ in cui la questione si identifica con la volontà di evitare una agonia dolorosa¹¹⁹, riguardo a cui non vi sono evidentemente ragioni opponibili di concreti pericoli per la tutela della vita dei membri della comunità¹²⁰.

In generale, invece, in materia di tutela della vita – al livello più alto nel catalogo dei beni da tutelare – a dover preoccupare il legislatore sono gli effetti sul piano della significativa riduzione della tutela della vita della generalità dei partecipanti alla comunità politica che uno squilibrato bilanciamento legislativo dei diritti può comportare: è legittimo dunque operare secondo il principio della prevenzione del danno agli altri. Nella materia, particolarmente delicata per la libertà individuale, è chiaro che i limiti e le regolamentazioni stringenti, quali la sanzione dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente, sono rivolti alla salvaguardia della vita di ciascuno e della generalità dei partecipanti – specialmente i più deboli – alla comunità politica, la quale la reputa il più alto bene da tutelare e, pertanto, bilancia le estreme istanze individuali di esercizio della libertà con il più alto valore individuale e comunitario della vita.

In tale prospettiva è innegabile che dare spazio nell'ordinamento giuridico a una totale e incontrollata libertà sintetizzabile nello slogan «la vita è mia e ne faccio ciò che voglio» incrina una credibile tutela della vita di ciascuno e dell'insieme dei membri della comunità politica. Insomma, unitamente alla laicizzazione del tema, occorre confrontarsi – liberi da schemi ideologici preconcepiuti – con la concreta e complessa realtà, avendo sempre presente la centralità del bene vita come bene individuale della cui tutela si deve fare carico la comunità politica, il cui disinteresse al riguardo, come taluno pretende, sarebbe del tutto estraneo a qualsiasi consorzio umano e, soprattutto, alla Carta fondativa della nostra comunità statale.

È necessario, da un lato, che l'esercizio dei diritti individuali, in particolare per i soggetti più deboli, sia autenticamente libero, e, dall'altro, che nella formulazione della disciplina complessiva della materia si evitino concreti e verificabili pericoli per la salvaguardia del bene vita a danno della generalità e di ciascuno dei cittadini ed, in particolare, il concreto pericolo per la vita dei soggetti vulnerabili¹²¹, nella specie da intendersi in senso molto ampio e

¹¹⁸ Cocco, *Un punto sul diritto di libertà*, cit., 485.

¹¹⁹ Cocco, *È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 382.

¹²⁰ Cocco, *È lecito evitare l'agonia*, cit., 382 ss.

¹²¹ Sulla cui base si può consentire il divieto assoluto di aiuto al suicidio compatibile con l'art. 8 Corte edu, lasciandone la valutazione all'apprezzamento dei singoli Stati (v. Corte edu IV, 29.4.2002, *Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02; anche Corte edu I, 20.1.2011, *Haas c. Svizzera*, n. 31322/07; Corte edu IV, 19.7.2012, *Koch c. Germania*, n. 497/09). Evoca in senso analogo il concetto di *slippery slope* SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., 1230. In tema rec. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, in *Sistema penale*, 2022.

ricomprensivo larghi strati della popolazione, conseguente al totale disinteresse statale per tutta una gamma di condotte ascrivibili alle fattispecie di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente, come ben evidenzia la Corte costituzionale nella sentenza n. 50/2022.

Le differenze fondamentali tra proibizionismo in materia di droghe, contestabile legittimamente per essere espressione di paternalismo duro, e la sanzione penale di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente sono il rilievo dei beni in gioco e la prossimità alla lesione degli stessi. La vita è direttamente e irrimediabilmente coinvolta dalla tutela fornita da questi ultimi reati, mentre il primo concerne la generica salute personale e collettiva dei soggetti dediti all'uso delle sostanze stupefacenti, cioè una troppo ampia e generica categoria di bene interessato e di comportamenti proibiti perché non possa seriamente dubitarsi della legittimità di una interferenza paternalistica nelle decisioni personali, che può essere considerata in definitiva la mera sanzione di un vizio.

Esemplare e condivisibile in proposito la sentenza della Corte cost. n. 50/2022, che giudica inammissibile il referendum sull'art. 579 cod. pen. La quale sottolinea, in primo luogo, che «il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost., è “da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” (sentenza n. 35 del 1997). Esso “concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona” (sentenza n. 238 del 1996).

Posizione, questa, confermata da ultimo, proprio per la tematica delle scelte di fine vita, nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019, ove si è ribadito che il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997), nonché, in modo esplicito, dall'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, è il “*primo dei diritti inviolabili dell'uomo* (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri”, ponendo altresì in evidenza come da esso discenda “il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”. In particolare, affermando che la ratio di tutela dell'art. 579 cod. pen., alla luce del mutato quadro costituzionale, «guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi» (già Corte cost. n. 207/2018), in quanto, «vietando ai terzi di farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse, l'incriminazione dell'omicidio del consenziente assolve, in effetti, come quella dell'aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018), allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita, soprattutto – ma occorre aggiungere: non soltanto – delle persone più deboli e

vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate».

Bene fa, dunque, la Corte a evidenziare che, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, non possano essere ignorate «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (già ordinanza n. 207 del 2018) e che «quando viene in rilievo il bene della vita umana ... la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima». Insomma, «discipline come quella dell'art. 579 cod. pen., poste a tutela della vita, non possono, pertanto, essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale». Puntualmente sottolineando che «le situazioni di vulnerabilità e debolezza alle quali hanno fatto riferimento le richiamate pronunce di questa Corte non si esauriscono, in ogni caso, nella sola minore età, infermità di mente e deficienza psichica, potendo connettersi a fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici); senza considerare che l'esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione da parte di terzi a scelte autodistruttive del titolare del diritto, che possono risultare, comunque sia, non adeguatamente ponderate, va oltre la stessa categoria dei soggetti vulnerabili».

13. Le offese ai sentimenti non possono essere reati.

Sono, infine, discutibili e non coerenti con la teoria del bene giuridico gli ulteriori principi posti più recentemente nella elaborazione anglosassone a base della legittimazione della incriminazione per i loro effetto espansivo di una materia che, invece, va contenuta¹²². In particolare, è contestabile il principio della molestia (*offense*), che fonda la incriminazione di condotte che non danneggiano ma sono gravemente moleste per gli altri, cioè provocano sentimenti indesiderati¹²³, ovvero ledono sentimenti¹²⁴, disturbano gli altrui sensi (con gli odori o il rumore), il sistema nervoso vegetativo (con il disgusto), la sensibilità morale (o sentimento religioso o morale) e la cd. pace interiore (con la paura, l'umiliazione. Infatti, in una società multiculturale basata sulla tolleranza possono esservi legittimamente condotte che contrastino anche fortemente con i valori di una parte della comunità e ne ledano i sentimenti¹²⁵.

¹²² Critico anche CADOPPI, "Too much criminal law", cit., 13, che evidenzia come Feinberg si riferisca al diritto statunitense che non conosce un sistema autonomo di illeciti amministrativi.

¹²³ V. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, II, *Offense to Others*, New York, 1985, 49 s.

¹²⁴ Cfr. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, cit., *passim*.

¹²⁵ ROXIN, *El concepto*, cit., 19, esclude, ad esempio, che i reati che sanzionano i *maltrattamenti*

Nella casistica proposta per rappresentare la *molestia* occorre valutare se sussista un effettivo bene giuridico leso che non sia un mero sentimento¹²⁶: ad es. nell'*esibizionismo* il bene giuridico tutelato può essere individuato nella riservatezza individuale, colpita non solo dalla invasione nella propria sfera riservata (ad es. telecamera nascosta nel proprio bagno), ma anche dall'essere resi partecipi senza consenso della sfera specialmente intima altrui, peraltro non è detto che un siffatto bene debba essere necessariamente tutelato penalmente¹²⁷. Diversamente non può essere la sola ripulsione provocata dalle condotte altrui a costituire la base di una incriminazione: ad esempio, fa parte ormai del folklore culturale la repulsione provocata nei cd. *bigotti* alla fine degli anni Settanta dagli *hot pants* portati in città o dal monokini nelle spiagge, sfociata anche in ben contestabili procedimenti penali.

Comunque, nemmeno l'utilizzazione della teoria del bene giuridico o del principio della prevenzione del danno – certo di difficile definizione¹²⁸ – sembra determinare confini netti della incriminazione¹²⁹.

Non risolve, in particolare, il problema forse più spinoso costituito dalla anticipazione della tutela fino ad un punto in cui è estremamente debole il legame con la lesione del bene, poiché le leggi penali esistenti anche in ambito anglosassone¹³⁰ non criminalizzano solo condotte che causano *immediatamente* un danno, ma anche condotte la cui relazione causale con il danno è più remota (*remote Harm*)¹³¹, e problemi particolarmente gravi pone la vasta categoria dei *nonconsummate offenses*¹³², che include le condotte che hanno lo scopo di causare danni, quelle che, comunque, mettono in pericolo gli altri, nonché quelle che, pur non concretamente pericolose (o di cui non vi sia bisogno di provare la concreta pericolosità), usualmente lo sono, assimilabili alle varie figure di *reati di pericolo* conosciute dalla tradizione continentale¹³³.

agli animali o tutelano i defunti possano ascrivere alla tutela dei sentimenti.

¹²⁶ HIRSCH, *El concepto de bien jurídico*, cit., *passim*; SIMESTER - HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs*, cit., 275.

¹²⁷ In Italia è stato depenalizzato dal d.lgs. n. 8/2016 l'art. 527 c.p., ora colpito solo da sanzione amministrativa, evidentemente non ritenendosi le modalità offensive particolarmente gravi o insidiose.

¹²⁸ KLEINIG, *Crime and the Concept of Harm*, in *American Phil. Quarterly*, 1978, 32 ss.; FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, cit.; RAZ, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, in GAVISON (a cura di), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, 1987, 313; RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, cap. 15.

¹²⁹ In generale HOLTUG, *The Harm Principle*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2002, n. 4, 357; DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, 2007, cap. 6; FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano*, cit., 19.

¹³⁰ Cfr. Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in SIMESTER - SMITH (a cura di), *Harm and Culpability*, Oxford, 1996, 259 ss.

¹³¹ WOHLERS, *Le fattispecie penali*, cit., 134.

¹³² HUSAK, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, in *Arizona L.R.*, 1995, 151.

¹³³ Per una sintesi delle problematiche cfr. COCCO, *Reati di danno e di pericolo. Temi della contemporaneità. Tra reati di mero comportamento e tutela di beni funzionali*, in COCCO - AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte Generale*, I, 2, *Il reato*, Padova, 2a ed., 2021, 53 ss.

Un ulteriore esempio è costituito dalle condotte che contribuiscono all'altrui commissione del reato. Tematiche che non possono essere qui affrontate ma anche riguardo alle quali occorre fissare dei limiti alla legge penale¹³⁴.

14. I reati sono illeciti pubblici perché riguardano tutti i cittadini.

Molti aspetti di ciò che può meritare la definizione di reato sono stati delineati, ma ancora incerta resta la distinzione tra il danno causato a beni pubblici e beni privati e l'attribuzione di rilevanza solo al primo, cosicché ad esempio il tradimento di un'amicizia o di un matrimonio non possono essere puniti in quanto provocano solo danni privati, riguardo a cui non sono decisive le stesse concezioni del bene giuridico e della prevenzione del danno agli altri, per quanto fondamentali, cosicché occorre individuare ulteriori criteri distintivi.

Si ricorda al riguardo che, per una nota lettura¹³⁵, un illecito o un danno è *pubblico* se e in quanto offenda o danneggi *il pubblico*, e non solo una singola vittima, che può essere adeguatamente tutelata dai tribunali civili, come appare in modo chiaro in alcuni reati che danneggiano o mettono in pericolo un insieme di individui tra i quali non possono identificarsi singole vittime oppure in quelli che interessano una collettività di beni condivisi, casi in cui si parla anche di *reati senza vittima* o a *vittima diluita*¹³⁶. Nel primo gruppo sono ricompresi i reati integrati da aggressioni all'*ordine pubblico* causate da comportamenti violenti, turbolenti, che costituiscono una minaccia di un danno grave per ogni persona presente nei luoghi coinvolti e possono minare quel senso condiviso di sicurezza garantita da cui dipende la nostra vita civile¹³⁷, ma pongono anche il grave problema del possibile abuso politico¹³⁸; nonché i reati contro l'incolumità pubblica. Al secondo gruppo sono ascritti i reati che ledono o minacciano le istituzioni proprie della comunità politica, tra cui i reati contro l'amministrazione della giustizia, contro la pubblica amministrazione, in materia elettorale e in materia fiscale, per quanto da questi ultimi non si possa evincere che sia *tout court* il valore delle istituzioni stabili a legittimare l'esistenza del diritto penale¹³⁹.

I reati che si presentano in queste forme confutano, oltretutto, insuperabilmente l'idea che il diritto penale possa essere rappresentato dalla polarità

¹³⁴ HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *JCLC*, 1999, 109 ss.; inoltre DUBBER, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, in *JCLC*, 2001, 829 ss.

¹³⁵ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vol., Oxford (1765-9), in www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/blacksto.htm, v. IV, cap. 1, 5.

¹³⁶ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009), 216 s.

¹³⁷ Cfr. BRAITHWAITE - PETTIT, *Not Just Deserts*, Oxford, 1990, 60-68.

¹³⁸ Cfr. LACEY - WELLS - QUICK, *Reconstructing Criminal Law*, London, 3a ed., 2003, cap. 2.

¹³⁹ Nel senso criticato CHIAO, *What is the Criminal Law For?*, in *Law and Philosophy*, 2016, 137 ss., che contrappone la tesi all'illegittimità morale della violazione delle loro regole, anch'essa non condivisibile.

tra reo e vittima¹⁴⁰ e che, dunque, abbiano fondamento le teorie abolizioniste basate sull'idea che il diritto penale *ruba i conflitti* a coloro a cui appartengono.

Ma è evidente che non si possono giustificare tutti i reati in questo modo. Si tenta allora di raggiungere tale risultato con l'attribuzione al diritto penale della finalità di tutelare il buon funzionamento della società e la salvaguardia dell'ordine¹⁴¹ o con la omologa tesi secondo cui l'illiceità penale delle condotte consiste nella loro tendenza a provocare *volatilità sociale*¹⁴² o a minare il tipo di fiducia da cui dipende la vita civile¹⁴³, per le quali ciò che rende i reati - inclusi l'omicidio e lo stupro - illeciti penali non è il danno che causano alle loro immediate vittime individuali, ma i più ampi effetti che provocano su stabilità sociale o fiducia.

Un altro argomento utilizzato è l'idea di iniquità - ingiustizia¹⁴⁴, secondo cui i reati meritano la pena perché l'autore ne trae un vantaggio sleale nei confronti dei concittadini onesti: egli accetta i benefici dell'altrui autocontrollo rispettoso della legge (la sicurezza reciproca prevista da un efficace ordinamento giuridico), ma si rifiuta di dare il suo contributo a tale ordinamento non esercitando tale autocontrollo.

L'ovvia obiezione è che così rappresentandoli si altera il carattere specifico dei reati, sarebbe come dire che un assassino o uno stupratore deve essere punito non per ciò che ha fatto alla sua vittima, ma per avere creato instabilità sociale o minato la fiducia dei cittadini o, ancora, per avere conseguito uno sleale vantaggio rispetto ai concittadini rispettosi della legge¹⁴⁵. Esemplare il caso della violenza domestica che, pur prevista come reato, in passato non veniva presa sul serio dalla giustizia penale, in particolare la polizia era spesso riluttante ad intervenire perché la vedeva come un problema della coppia da risolvere all'interno delle mura domestiche, con sullo sfondo l'idea che si trattasse di illeciti *privati* piuttosto che *pubblici*. Ma l'attuale riconoscimento della violenza domestica come un reato da perseguirsi severamente non è certo giustificata perché provoca instabilità sociale, poiché spesso si tratta di reati commessi da uomini che nella loro vita sociale sono modelli di conformismo pacifico, o perché mina la generale fiducia da cui dipende la vita sociale, trattandosi di fatti confinati dentro le mura domestiche, o, ancor meno, perché arreca uno sleale vantaggio rispetto ai soggetti rispet-

¹⁴⁰ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 218.

¹⁴¹ DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965, 5.

¹⁴² BECKER, *Criminal Attempts and the Theory of the Law of Crimes*, in *PPA*, 1974, 262.

¹⁴³ DIMOCK, *Retributivism and Trust*, in *L&P*, 1997, 37.

¹⁴⁴ Cfr. MURPHY, *Marxism and Retribution*, in *PPA*, 1973, 217; DAGGER, *Playing Fair with Punishment*, in *Ethics*, 1993, 473; DAGGER, *Punishment as Fair Play*, in *Res Publica*, 2008, 259; DAGGER, *Republicanism and the Foundations of Criminal Law*, in DUFF - GREEN (a cura di), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, 44; STICHTER, *Rescuing Fair Play as a Justification of Punishment*, in *Res Publica*, 2010, 73; DUUS-OTTERSTRÖM, *Fairness-Based Retributivism Reconsidered*, in *Crim. L. and Phil.*, 2017, 481 ss.

¹⁴⁵ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

tosì della legge, come se fossero esigenze di giustizia-equità a trattenere questi ultimi dal commettere tali illeciti. Va da sé che per spiegare la rilevanza penale degli abusi domestici non va rinvenuto un danno pubblico distinto dal danno causato alle vittime individuali, ma rileva solo quest'ultimo. Gli illeciti subiti dalle donne abusate non sono però un loro affare privato, ma un affare di tutta la comunità politica a cui appartengono; va riconosciuta la loro forte richiesta di protezione e di sostegno da parte dei concittadini, al pari delle vittime di aggressioni da parte di estranei, fondata semplicemente sulla loro partecipazione alla comunità politica.

Insomma, occorre considerare che gli illeciti di rilevanza penale sono illeciti *pubblici* non perché ledono il *pubblico*, ma perché riguardano propriamente il pubblico, tutti i cittadini, il sistema politico e i suoi membri – e solo in tal senso si può anche dire che si tratta di illeciti contro o dannosi per il pubblico – poiché negano i valori fondamentali in cui la comunità politica si riconosce e i vincoli normativi che definiscono i rapporti civili dei suoi membri e, pertanto, sono illeciti non solo contro le loro vittime individuali, ma contro tutti i componenti la comunità politica nella misura in cui si identificano con quelle vittime, sono illeciti che si condividono collettivamente¹⁴⁶. Come evidenzia Demostene nell'orazione contro Midia nel 360 a.C., laddove (7, 1-12) motiva la sua azione affermando di non essere la sola vittima della *húbris* di Midia, bensì i giudici, le leggi e tutti gli altri cittadini.

Parlare in questo senso di illeciti o lesioni pubbliche non vuol dire, comunque, che si tratta di illeciti che debbono essere criminalizzati, ma che si tratta di illeciti che riguardano tutta la comunità politica¹⁴⁷.

Dunque, nemmeno l'idea di illeciti o danni pubblici può fornire criteri o principi assoluti per la incriminazione, si può dire che il diritto penale è interessato agli illeciti *pubblici*, piuttosto che ai *privati*, ma ciò consegue alla precedente classificazione della condotta lesiva come una specie di illecito idoneo alla incriminazione, di cui cioè gli autori debbono essere chiamati a rispondere dal sistema politico nel suo complesso, non solo dalla vittima individuale.

15. Le leggi penali come leggi costituzionali.

Dal quadro delineato emergono la debolezza ma anche la, per così dire, necessità delle concezioni del danno e del bene giuridico, le quali possono interagire¹⁴⁸, sostenendosi l'un l'altra, e fornire criteri utili per determinare quali tipi di condotte siano idonee alla incriminazione in uno stato liberale di diritto. Deve trattarsi di comportamenti che ledono beni giuridici altrui e negano, implicitamente o esplicitamente, i valori fondamentali della comu-

¹⁴⁶ V. MARSHALL - DUFF, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in *Canadian Journal of L. & J.*, 1998, 7 ss.

¹⁴⁷ DUFF, *Theories of Criminal Law*, cit.

¹⁴⁸ SEHER, *Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*, Berlin, 2000, 81.

nità politica alla base della convivenza civile. Mentre costituisce un evidente abuso del potere statale imporre con i mezzi del diritto penale concezioni di valore particolari¹⁴⁹. Infine, si deve trattare di illeciti dai quali ogni cittadino è categoricamente assicurato dalla comunità che non verrà colpito nel corso della sua esistenza, piuttosto che illeciti da cui il cittadino può attendersi di essere colpito, salva la possibilità di chiederne il risarcimento. Insomma, debbono causare un danno *pubblico* piuttosto che un danno privato all'individuo. Da ciò deriva anche che il cittadino deve mantenere in linea di principio la disposizione dei beni di cui è titolare e necessita dell'intervento dello Stato solo quando non sia capace di difendere con le sue forze i beni di cui è titolare¹⁵⁰.

Occorre, dunque, comprendere che cosa unisce i cittadini di una comunità politica e che cosa si debbono garantire reciprocamente, poiché il diritto e la procedura penale – gli agenti statali parlano per tutti noi e sono gli unici legittimati a ciò¹⁵¹ – altro non sono che l'adempimento di tale funzione, che presenta il valore di rendere la comunità fedele ai valori nei quali i membri si identificano¹⁵². Una analisi che può produrre risultati differenti nelle diverse situazioni storico-politiche, espressa dalla asserzione che il reato è un'entità giuridica storicamente condizionata¹⁵³.

Il compito di decidere «sulle occasioni, gli scopi, gli strumenti degli obblighi e dei divieti penali»¹⁵⁴, cioè di cogliere il nesso essenziale tra società e leggi che solo può vivificare l'arida normatività del diritto¹⁵⁵, è affidato ai parlamenti democraticamente eletti, espressione della sovranità popolare. È indubbio che nell'individuare i beni da proteggere contro i danni arrecati da terzi con le pene più afflittive di cui dispone – beni che non possono essere creati di volta in volta dal legislatore a suo piacimento, né sono una mera abbreviazione dell'idea di scopo, ma preesistono – il legislatore deve interpretare i segnali che provengono dalla società e, quindi, ricercare ampio consenso sociale ed estese convergenze parlamentari, procedendo con ogni cautela possibile nella scelta di incriminare determinate condotte, nella costruzione del tipo e nell'entità delle pene. La necessità che si attenga ad una *politica dei beni giuridici* è una «direttiva di livello costituzionale»¹⁵⁶ imposta dal principio del diritto penale del fatto ricavabile dalla Costituzione italiana e una sottolineatura dell'irrinunciabile esigenza del contenimento numerico

¹⁴⁹ WOHLERS, *Le fattispecie penali*, cit., 151. Già Beccaria.

¹⁵⁰ SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la ultima ratio*, cit., 71, che fa derivare ciò dall'idea di contratto sociale.

¹⁵¹ THORBURN, *Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law*, in DUFF et al (a cura di), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford, 2011, 98 s.

¹⁵² MARSHALL - DUFF, *Criminalization*, cit., 83 ss.

¹⁵³ 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, 429.

¹⁵⁴ HASSEMER, *Opinione dissenziente*, cit.

¹⁵⁵ M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali*, cit., 2011, 33.

¹⁵⁶ PEDRAZZI, *Presentazione*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, I, XV.

e qualitativo delle norme penali che è, oltretutto, condizione per un soddisfacente funzionamento dell'intero sistema.

In questa prospettiva è condivisibile l'idea di considerare le leggi penali come leggi costituzionali, ovvero la cui approvazione richieda una maggioranza qualificata o un procedimento aggravato¹⁵⁷, come è previsto nell'art. 81 della Costituzione spagnola del 1978 (seppure con la sola maggioranza assoluta degli eletti). Con la precisazione che deve trattarsi di nuove fattispecie incriminatrici, mentre per le previsioni comunque limitanti la responsabilità penale valgono le regole generali¹⁵⁸. Si tratta forse dell'unica modalità per garantire dal punto di vista sostanziale sul piano legislativo il principio *in dubio pro reo* ovvero *pro libertate*¹⁵⁹, ovvero impedire l'approvazione della incriminazione di un comportamento in presenza di una ampia opposizione che dubiti sulla sua legittimazione sotto i profili in precedenza esaminati.

Assume, inoltre, un peculiare significato la stessa idea illuminista e poi liberale di codice e in particolare di codice penale, di cui sono compiuta prima espressione i codici penale e di procedura penale napoleonici, approvati nel 1810, entrati in vigore nel 1811¹⁶⁰, i quali costituiscono non solo elemento di chiarezza ma anche strumento capace di indicare con «i suoi contenuti e con la sua struttura, i valori fondamentali della società e le più gravi modalità della loro lesione»¹⁶¹, insomma «catechismo della coscienza cittadina»¹⁶². Si legge nelle prime parole della relazione al primo libro del *Code pénal*: «Si la lecture des lois pénal d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées, le Code pénal qui vous est annoncé, et dont nous vous portons le premier Livre, attestera les progrès immenses qu'on fait parmi nous la raison et la philosophie». Idea ripresa, pur tra limiti e difficoltà, con il principio di riserva di codice.

Anche «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento

¹⁵⁷ CADOPPI, "Too much criminal law", cit., 1 s.; CADOPPI, *Il «reato penale». Teorie e strategie di riduzione della «criminalizzazione»*, Napoli, 2022, *passim*; FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello 'policentrico' a un modello 'piramidale'*, in DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 304 s.; FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in ambito penale*, in *RTDPC*, 2/2018, 162 s.; LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *IP*, 2007, 51 s.; MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 185; DRIPPS, *The Liberal Critique of the Harm Principle*, in *Criminal Justice Ethics*, 1998, 3 s.; VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, in *JZ*, 2018, 53 s.; ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts - Zugleich zum Begriff 'fragmentarisches Strafrecht'*, in *ZStW*, 2011, 691.

¹⁵⁸ Cfr. CADOPPI, "Too much criminal law", cit., *passim*; CADOPPI, *Il «reato penale»*, cit., *passim*; *contra* FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge*, cit., 162 s.; VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 53 ss.

¹⁵⁹ CADOPPI, "Too much criminal law", cit., *passim*; CADOPPI, *Il «reato penale»*, cit., *passim*.

¹⁶⁰ V. COCCO, *L'eredità illuministica in materia penale*, loc. cit.

¹⁶¹ Cfr. PAPA, *Dal codice penale 'scheumorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *RTDPC*, 5/2018, 137.

¹⁶² CARRARA, *Codicizzazione* (1869), in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Firenze, 5 ed., 1898, 223.

tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi», il cui «punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»¹⁶³. Per tali ragioni la individuazione dei reati è un compito del legislatore su cui la Corte costituzionale interviene solo in caso di grave *vulnus* dei detti principi.

Questione aperta sono, peraltro, i termini di un effettivo controllo della Corte costituzionale¹⁶⁴ su tale attività e, in particolare, sulla reale significatività del bene giuridico tutelato dai reati, che si accompagna all'idea del vincolo di razionalità per il legislatore legato alla sussistenza del danno sociale¹⁶⁵. Controllo, dunque, non solo limitato all'inosservanza delle procedure previste per il varo delle leggi o alla violazione dei diritti fondamentali del singolo e al principio di eguaglianza, ma esteso anche alla sussistenza dei caratteri propri del reato in senso materiale e, dunque, al rispetto dei principi di ragionevolezza-proporzionalità in senso ampio¹⁶⁶ e di offensività¹⁶⁷.

Minimi sono stati gli interventi della Consulta utilizzando in funzione critica il principio della tutela dei beni giuridici, che ha toccato solo norme incriminatrici marginali¹⁶⁸. La Corte costituzionale ha, d'altra parte, utilizzato il bene giuridico come strumento di razionalizzazione quantitativa delle sanzioni, facendo in particolare leva sul principio di eguaglianza, intervenendo con dichiarazione di parziale illegittimità sul *quantum* della sanzione ampliando la portata delle fattispecie sanzionate in misura minore.

Con autorevole dottrina¹⁶⁹ si può affermare, comunque, che il controllo di costituzionalità (proporzionalità, ragionevolezza, offensività) presupponga (ancorché non si esaurisca nella valutazione del-) la sussistenza di un bene giuridico tutelato, dal che consegue che un precetto penale che non proteg-

¹⁶³ Corte cost. n. 85/2013.

¹⁶⁴ ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *RECPC*, 2013, 22, invocando il principio di proporzionalità; SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la ultima ratio*, cit., 17, 25 s.; FRISCH, *An der Grenzen des Strafrechts*, cit., 69; crit. M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali*, cit., 43; *contra* BACIGALUPO, *Rechtsgutbegriff und Grenzen des Strafrechts*, in *FS Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, 12 s.; Stuckenberg, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, in *GA*, 2011, 658.

¹⁶⁵ Il che spiega gli incarichi dati a Beccaria e Feuerbach dai sovrani dell'epoca di riformare il diritto penale.

¹⁶⁶ *Verhältnismäßigkeit* nel linguaggio della dogmatica tedesca.

¹⁶⁷ Per la sua costituzionalizzazione: Corte cost. n. 519/2000.

¹⁶⁸ Corte cost. n. 189/1987, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 3, l. n. 1085/1929 (disciplina della esposizione di bandiere estere); Corte cost. n. 354/2002, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 688 co. 2 c.p. Per esempi di rigetto le già citate sentenze in tema di prostituzione, *supra*, par. 11.

¹⁶⁹ ROXIN, *El concepto de bien jurídico*, cit., 22; FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 5ª ed., 2011, cap. 3, nm 32.

ge beni giuridici può essere incostituzionale in quanto limitazione irragionevole (sproporzionata) della libertà del cittadino¹⁷⁰.

16. Il divieto di un uso propulsivo del diritto penale.

In questo quadro complessivo, faticosamente ricostruito, si comprende che sia del tutto estranea al diritto penale liberale l'attribuzione ad esso di qualsivoglia funzione promozionale o propulsiva, del miglioramento della società, compito proprio di altri settori dell'ordinamento giuridico¹⁷¹. L'idea contestata è nel cuore (se non nella mente) anche dei legislatori contemporanei di ogni fede politica, quando si presenta il diritto penale come «strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione»¹⁷²; e ne è evidente la matrice totalitaria espressa dall'Antolisei¹⁷³ quando afferma che il diritto penale, nel quadro della svolta eticizzante compiuta dallo Stato fascista, non può limitarsi alla conservazione di beni statici preesistenti, ma deve contribuire «a trasformare le condizioni di vita della comunità sociale ed anche la coscienza del popolo allo scopo di conseguire determinate finalità nazionali e sociali»¹⁷⁴.

La pretesa di migliorare la società con la pena è semplicemente inaccettabile¹⁷⁵, in quanto si traduce nella giustificazione dell'uso della "violenza" statale per *usurpatori* d'ogni risma che si propongono come gli autentici depositari dei bisogni, delle esigenze e delle volontà dei propri cittadini/sudditi¹⁷⁶: è ciò che caratterizza negativamente gli stati totalitari (e i portatori occulti e spesso inconsapevoli del pensiero totalitario) di ogni colore nei confronti dello Stato liberale, che garantisce la libertà individuale sopra ogni cosa ed in cui la questione penale si identifica con la questione dei limiti all'uso di tale strumento.

Va, pertanto, in questa sede rimarcato criticamente come la Corte edu e la CGUE sembrino accantonare il principio secondo cui la legge penale deve essere impiegata solo come *ultima ratio* per la tutela dei beni giuridici, dei quali in definitiva viene messa in discussione la funzione critica e limitatrice¹⁷⁷, esprimendo, in generale «una posizione decisamente punitiva,

¹⁷⁰ ROXIN, *El concepto de bien jurídico*, cit., 24.

¹⁷¹ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 373 s.; PALIERO, *La laicità penale*, cit., 1189; GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes*, in *JuS*, 1978, 11.

¹⁷² NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, in *DD*, 1977, 682.

¹⁷³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 107.

¹⁷⁴ Cfr. FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8a ed., Bologna, 2019, 11.

¹⁷⁵ Esempiare l'immagine delle guardie rosse di Mao che educano i professori universitari a bastonate nel noto film *'L'ultimo imperatore'* di B. Bertolucci.

¹⁷⁶ DAHRENDORF, *'Erasmiani'. Gli intellettuali alla prova del totalitarismo*, Roma-Bari, 2007, *passim*.

¹⁷⁷ PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, cit., 110 s.; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; SOTIS, *La Corte di Giustizia. Ruoli, mentalità e ideologie*, in GUARNIERI - G. INSOLERA - ZILLETTI (a cura di), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Roma, 2018, 55; SATZGER, *Le Carenze della politica criminale europea*, in *RIDPP*, 2010,

inconciliabile con i principi di uno Stato di diritto»¹⁷⁸. Da un lato, la Corte di giustizia, interpreta le istanze del diritto euro-unitario con una logica funzionale che mira alla massimizzazione della sua effettività anche con l'uso del diritto penale¹⁷⁹, nella prospettiva politica di incrementare la collaborazione degli stati membri¹⁸⁰. Dall'altro, in part. la Corte edu ha un approccio vittimocentrico e punitivista che passa attraverso gli obblighi positivi di incriminazione e l'ermeneutica di lotta del giudice, chiamato ad abbandonare posizioni di equidistanza ed a praticare interpretazioni evolutive ampliative per le incriminazioni e restrittive per le disposizioni di favore in nome della sicurezza dei diritti¹⁸¹, che stravolge secoli di elaborazione della pressoché unanime dottrina penalistica continentale, poiché l'unico giudice di scopo (ovvero che persegua obiettivi di politica criminale) tollerato dal diritto penale costituzionale continentale è quello che diminuisce la sofferenza che la pena reca con sé, invece di accrescerla in nome della tutela dei beni e dei cittadini onesti¹⁸².

In particolare, pare esprimere una significativa divergenza con le posizioni espresse anche dalla dottrina italiana sulla negazione della sussistenza di obblighi costituzionali di incriminazione¹⁸³, la affermazione della Corte di Strasburgo di obblighi di incriminazione discendenti dalla Cedu in tema di aggressioni dolose contro vita, incolumità e la libertà delle persone¹⁸⁴. In

1280 ss.

¹⁷⁸ Così SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo per l'uropeizzazione del diritto penale*, in MILITELLO (a cura di), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007, 10 (SCHÜNEMANN (a cura di), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, München, 2004), con gli autori del progetto alternativo di giustizia penale europea.

¹⁷⁹ GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *Crim*, 2020, 300; cfr. ROMAGNOLI, *Diritto penale e Unione Europea: "The dark side of the moon". Le esigenze essenziali e logiche del primato, i limiti dei controlimiti e l'inerzia del legislatore nazionale*, in *disCrimen* 21.2.2022, 113.

¹⁸⁰ V. COCCO, *Il 'primato' della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 4/2019, 1087 ss.

¹⁸¹ Cfr. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *DPC*, 2/2012, 170 s.

¹⁸² VALENTINI, *Legalità penale convenzionale*, cit., 171; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo*, Pisa, 2021, 215; per una posizione contraria VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 243 s.; VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi Romano M.*, Napoli, 2011, IV, 2645 s.

¹⁸³ PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 1983, 485; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., 501-516.

¹⁸⁴ Corte edu 7.4.2015, ad es., reputa necessario che l'ordinamento giuridico italiano «si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti inumani» ai sensi dell'art. 3, nonché idonei a evitare «che costoro possano beneficiare di norme in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo»; cfr. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in De Vero, Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, 28 s.; MANACORDA, *'Dovere di punire'? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *RIDPP*, 2012, 1364 s.; VIGANÒ, *Diritto penale so-*

questa prospettiva anche il Comitato per i diritti umani dell'ONU e la Corte interamericana dei diritti umani¹⁸⁵, con riferimento alle formule «ensure» e «right-to-remedy» contenute nelle rispettive convenzioni¹⁸⁶. Capovolgendo l'uso liberale dei diritti da limite allo *ius puniendi* statale (scudo) a fonte di obblighi di incriminazione (spada). Ciò ovviamente a prescindere dal fatto che anche l'applicazione del principio di *extrema ratio* in una prospettiva general-preventiva possa condurre ad analoghi esiti, ma il punto è che tale principio impone per definizione un bilanciamento che deve essere effettuato da un organo rappresentativo e non da un organo giurisdizionale¹⁸⁷, come esattamente afferma la Corte costituzionale, e che gli indirizzi assunti dalla Corte edu fanno ritenere che lo strumento penale sia considerato un comune (e non eccezionale) strumento di tutela dei beni giuridici di rilievo¹⁸⁸.

Discutibili anche il divieto di sotto-protezione e, quindi, l'obbligo di tutela penale elaborato dalla Corte costituzionale tedesca¹⁸⁹, nonché il tentativo di ascrivere ad un diritto di protezione della vittima l'obbligo di intervento penale dello Stato¹⁹⁰.

La spiegazione della affermazione di diritti soggettivi e correlativi obblighi di protezione in materia - che evidenzia la lontananza delle asserzioni della Corte edu dai temi di carattere più generale che ci occupano - è il fatto che la Corte edu pretende di pronunciarsi retrospettivamente¹⁹¹ sulla asserita violazione degli obblighi convenzionali, e sotto impulso individuale, cosicché le decisioni in materia alternano la prospettiva dei doveri oggettivi di garanzia alla prospettiva dei diritti soggettivi delle vittime, senza approfondimen-

stanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in RIDPP, 2007, 36; SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 235 s., 300 s.; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 174 s., ivi ult. rif.

¹⁸⁵ Crit. MALARINO, *Las víctimas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, in MACULAN - GIL GIL (a cura di), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, 2017, 43.

¹⁸⁶ In tema AMBOS, *Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?*, in RECPC, 30.11.2020, 11.

¹⁸⁷ Cfr. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in RTDPC, 4/2013, 31.

¹⁸⁸ Sul carattere espansivo del diritto penale europeo, per tutti, LÜDERSEN, *Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtsetzung*, in GA, 2003, 71; NAUCKE, *Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* (2000/2001), 1.

¹⁸⁹ BVerfG 28.5.1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/922, in NJW, 1993, 1751; *contra*, nella dottrina tedesca, per un'ampia discrezionalità legislativa, tra i tanti: APPEL, *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998, 68; LAGDONY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, 445 s.

¹⁹⁰ HOLZ, *Justizgewährungsanspruch des Verbrechensopfers*, Berlin, 2007, 52 ss., 200 ss.; WEIGEND, *'Die Strafe für das Opfer'?* - *Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht*, in RW, 2010, 50 ss.; HÖRNLE, *Anmerkung*, in JZ, 2015, 895 s.

¹⁹¹ Oscura rimanendo la fonte e il contenuto di tale pretesa: così WEIGEND, *'Die Strafe für das Opfer'?*, cit., 47 s.

ti¹⁹². L'obiettivo pragmatico – che emerge dietro l'incerta forma dogmatica – è assicurare una sorta di effetto preventivo intimidatorio attraverso le indagini statali nei casi di morte di detenuti che ha bisogno della possibilità di denuncia creata dal riconoscimento di un diritto soggettivo. Insomma, come si osserva¹⁹³, «è piuttosto uno stratagemma processuale per poter giudicare nei casi di *sparizione forzata* o direttamente di omicidio, poiché, altrimenti, la generale privazione di diritti e l'arbitrarietà dello stato minaccerebbero nelle stanze oscure senza giustizia».

Parlare di obblighi penali di protezione, quale *pendant* di diritti soggettivi delle vittime, potrebbe avere, invece, un fondamento nei confronti dei pericoli che continuano a sussistere dopo la commissione del reato¹⁹⁴, come nei casi trattati dalla Corte costituzionale tedesca¹⁹⁵, ad esempio, quando una vittima sopravvive al reato e continua a subire le conseguenze psicologiche dell'aggressione, dovendo riacquisire fiducia nell'ordine normativo o nella propria sicurezza, per quanto anche con riguardo a quest'ultimo gruppo di fattispecie non sia affatto detto che il diritto penale possa fornire un aiuto decisivo per il superamento dei vissuti traumatici delle vittime¹⁹⁶.

In conclusione. Qualunque sia lo spazio concesso alla discrezionalità legislativa per conformarsi agli asseriti obblighi di protezione dei beni giuridici, quali che siano i rigorosi parametri che limitino siffatti obblighi¹⁹⁷, essi presuppongono e richiedono un controllo di costituzionalità che capovolge la tradizionale prospettiva limitatrice del bene giuridico, già in tale ruolo non del tutto soddisfacente per la sua genericità, in definitiva ledendo il principio di riserva di legge parlamentare e la divisione dei poteri nonché inficiando il principio di *extrema ratio*, rimettendo la valutazione della scelta incriminatrice ad un organo giurisdizionale, che contrasta con quanto affermato dalla nostra Carta per la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁹⁸.

In definitiva ad impedire l'affermazione in Italia di obblighi costituzionali di tutela penale è l'impossibilità di sostituirsi al legislatore in una siffatta scel-

¹⁹² MALARINO, *Las víctimas en la jurisprudencia*, cit., 39.

¹⁹³ GÄRDITZ, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, in JZ, 2015, 899.

¹⁹⁴ HÖRNLE, *Anmerkung*, in JZ, 2015, 894 s.

¹⁹⁵ BVerfG, 19.5.2015 – 2 BvR 987/11, e in JZ, 2015, 890; BVerfG, 23.3.2015 – 2 BvR 1304/12, e in NStZ-RR, 2015, 347; BVerfG, 6.10.2014 – 2 BvR 1568/12, StV 2015, 203; BVerfG 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, nm. 12.

¹⁹⁶ Cfr. WEIGEND, *'Die Strafe für das Opfer'?*, cit., 50 s.; AMBOS, *Derecho penal y Constitución*, cit., 17.

¹⁹⁷ Una sintesi della letteratura portoghese e continentale in BRANDÃO, *Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso*, in *Estudos Costa Andrade*, Coimbra, 2017, 239.

¹⁹⁸ Né certo possiamo acriticamente far nostro quanto afferma in un diverso assetto costituzionale la Corte costituzionale tedesca (BVerfGE 25.2.1975, 39, 1, 44 s.), che delinea un obbligo costituzionale del legislatore in materia di tutela della vita (con riferimento all'aborto) – in assenza di altri mezzi che forniscano una protezione adeguata ed efficace secondo il canone della sussidiarietà – di ricorrere alla legge penale per soddisfare i suoi doveri di tutela.

ta della Corte costituzionale, la quale può solo limitarsi ad eliminare zone di irragionevole impunità in presenza di una scelta incriminatrice legislativa¹⁹⁹. Si tratta del principio della separazione dei poteri costitutivo della identità costituzionale italiana opponibile anche alle corti europee²⁰⁰.

¹⁹⁹ V. Cocco, *Riserva di legge e controllo di costituzionalità. Breve rassegna della giurisprudenza costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, in tema di controllo di costituzionalità sulle norme di favore.

²⁰⁰ Esempio la vicenda Taricco, su cui, Cocco, *Il 'primato' della riserva di legge parlamentare*, cit., 1087.

No more Bajrami? Dubbi di incostituzionalità sul diritto transitorio relativo al nuovo art. 495, comma 4-ter, c.p.p.

Marco Betzu* - Andrea Chelo**

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive. - **2.** Il diritto alla rinnovazione della prova nella giurisprudenza. - **3.** La soluzione di compromesso della “riforma Cartabia”. - **4.** La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale quale “diritto condizionato”. - **5.** L’inadeguatezza della nuova soluzione normativa. - **6.** Le questioni sul diritto transitorio. - **7.** In conclusione: quali possibili rimedi?

ABSTRACT

“Bajrami forever”, tuonava giustamente un autorevole parere pubblicato su questa rivista durante i lavori di approvazione del testo della legge di conversione del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che intendevano sfruttare l’occasione per stabilizzare lo status quo ante in materia di rinnovazione della prova a seguito di mutamento del giudice. Con l’approvazione della citata legge, il risultato della sintesi politica della volontà legislativa – come spesso accade quando si ricerca un compromesso in situazioni che compromessi non accettano – è quello di una norma che presta il fianco a molte critiche e solleva dubbi di legittimità costituzionale che paiono più che fondati.

“Bajrami forever”, rightly thundered an authoritative opinion published in this magazine during the approval of the law converting Decree-Law No. 162 of October 31st, 2022.

The aim of the new law was to stabilize the status quo ante concerning the renewal of the trial (by new taking of the evidence) following a change of judge, but the legislative compromise has created a rule that gives rise to criticism and raises constitutional legitimacy doubts that seem more than justified.

1. Considerazioni introduttive.

Oramai da troppo tempo era atteso un intervento del legislatore che arginasse la prassi, di matrice giurisprudenziale e avallata dalla Corte costituzionale, di soprassedere rispetto alla rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito del mutamento del giudice. Come è noto, infatti, le Sezioni Unite del Supremo Collegio, anche grazie al sostegno della Corte costituzionale, negli ultimi anni hanno smorzato l’operatività di tale obbligo alla luce del consueto snodarsi del dibattimento, che di regola si protrae per tempi lunghi

* Professore associato di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Cagliari.

** Professore associato di Diritto processuale penale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Cagliari.

che eliminano l'immediatezza della decisione e impongono al giudice una lettura dei verbali delle prove davanti a lui stesso assunte.

Il legislatore del 1988, puntando tutto sull'oralità e sull'immediatezza, nell'affermare – con l'art. 525, comma 2, c.p.p. – il principio di immutabilità del giudice e ponendovi a presidio una nullità assoluta, aveva implicitamente imposto la rinnovazione della prova in caso di mutamento della persona fisica del giudice monocratico o di sostituzione di uno dei componenti del collegio. È innegabile che, in seguito, nella modifica dell'art. 111 Cost. non si sia fatto alcun riferimento esplicito all'oralità, menzionandosi solo il contraddittorio; ma non vi è dubbio che la formazione della prova nel contraddittorio e la facoltà riconosciuta all'imputato di interrogare o di far interrogare, davanti al giudice, le persone che rendono dichiarazioni a suo carico rievocano implicitamente la necessità di un'assunzione orale della prova davanti al giudice che dovrà decidere sul merito dell'accusa.

2. Il diritto alla rinnovazione della prova nella giurisprudenza.

Pur a fronte di questo quadro normativo, l'ultimo approdo giurisprudenziale del massimo consesso della Corte di legittimità aveva affermato che «l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa»¹.

In buona sostanza, quello che – data la posta in gioco e la finalità del procedimento – era un diritto delle parti e ancor prima del giudice, imposto dalla necessità di garantire l'identità tra il giudice che assume la prova e quello che decide, è stato degradato dalla giurisprudenza a mera aspettativa². Tale ricostruzione è determinata dal fatto che, nel nuovo sistema delineato dalle Sezioni Unite, non solo è postulata una richiesta esplicita di rinnovazione della prova già assunta, ma le parti sono onerate dell'indicazione specifica delle ragioni che ne imporrebbero la rinnovazione, attribuendosi comunque al giudice il potere di decidere discrezionalmente sulla non manifesta superfluità della rinnovazione medesima. Ciò che vogliamo evidenziare è che, se

¹ Il riferimento va a Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, Bajrami, in *Cass. pen.*, 2020, 1061, con nota di GALLUCCIO MEZIO, *Sezioni unite e ideale accusatorio: una relazione in crisi*, e di CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*.

² Come si vedrà, in funzione del meccanismo delineato dal Supremo Consesso, la parte si trova a godere di una situazione giuridica soggettiva attiva che impone di attendere la maturazione di una situazione giuridica favorevole che ancora non si è concretizzata e che si concretizzerà solo a seguito di una decisione favorevole del giudice, non in conseguenza di un automatismo.

dal dato normativo si rileva la necessità che il giudice che dovrà decidere assista alla formazione della prova a pena di nullità assoluta della sentenza, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità contraria, attribuendo al giudice una valutazione sul merito della rinnovazione che in realtà il legislatore aveva inteso escludere³. E la stessa Corte costituzionale ha fatto da sponda ad un'interpretazione siffatta, considerato che il Giudice delle leggi, nel rigettare la questione di legittimità dell'art. 525 c.p.p., ha ritenuto «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 funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi "compensativi" funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione - come, ad esempio, la videoregistrazione delle prove dichiarative, quanto meno nei dibattimenti più articolati»⁴.

3. La soluzione di compromesso della "riforma Cartabia".

A fronte di un orientamento giurisprudenziale come quello sopra ricostruito⁵, pacificamente in contrasto con il dato normativo se non con l'idea ispiratrice del sistema processuale, il legislatore è finalmente intervenuto in materia, riappropriandosi di quel potere di regolamentazione (*id est* del potere legislativo) che gli è proprio ed esclusivo; ma lo ha fatto, ancora una volta, con una soluzione di compromesso, che se è, anch'essa, propria del contesto

³ Siamo convinti, infatti, che la valutazione del giudice, pur dovuta, ai sensi dell'art. 190 c.p.p. attenga all'ammissione della prova e non alla sua rinnovazione, come invece ritenuto dalle Sezioni Unite Bajrami. Ciò che non esclude che una rinnovazione possa essere negata qualora sulla base delle precedenti dichiarazioni la prova appaia irrilevante, ma che impone la rinnovazione anche sulle medesime circostanze qualora richiesta dalla parte. Nello stesso senso cfr. BRONZO, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2022, 1318-1319, che descrive anche una serie di ipotesi, non dimenticando di osservare che «nei casi in cui però il giudice dichiara inammissibile la prova orale richiesta dalla parte nel dibattimento rinnovato, l'acquisizione tramite lettura del verbale del primo esame non dovrebbe essere consentita».

⁴ In questo senso cfr. Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132. La Corte, in precedenza, si era già pronunciata più volte sul tema dichiarando la non fondatezza o l'inammissibilità della questione sollevata: cfr. Corte cost., 7 giugno 2010, n. 205; Corte cost., 29 luglio 2008, n. 318; Corte cost., 9 marzo 2007, n. 67; Corte cost., 13 dicembre 2004, n. 418; Corte cost. 12 marzo 2003, n. 73; Corte cost., 27 febbraio 2002, n. 59; Corte cost., 3 dicembre 2001, n. 431 e n. 397; Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17.

⁵ In dottrina, sul tema, cfr. DE CARO, *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen e proc.*, 2020, 293; FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; SPAN- GHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattito nel solco delle divisioni*, in *Guida al dir.*, 2019, n. 47, 13; ID., *Bajrami: contraddittorio versus oralità*, in www.dirittodidifesa.eu.

in cui maturano le norme, sicuramente, però, non appaga, così come avremo modo di evidenziare.

Accogliendo il citato suggerimento della Corte costituzionale – che da sponda per la giurisprudenza di legittimità è divenuta trampolino per il legislatore – la “riforma Cartabia”, che si è caratterizzata per essere una riforma di sistema, ha introdotto, innanzitutto, una prima modifica sulle modalità di documentazione della prova orale.

Una specifica direttiva, contenuta nella legge delega⁶, indicava, infatti, la necessità di «prevedere la registrazione audiovisiva [...] della prova dichiarativa, salva la contingente indisponibilità degli strumenti necessari o degli ausiliari tecnici»⁷. Si è così previsto⁸, in via generale, con una modifica all’art. 134, comma 1, c.p.p., che alla documentazione degli atti si proceda mediante verbale e, nei casi previsti dalla legge, anche mediante riproduzione audiovisiva o fonografica; più specificamente, poi, si è introdotta la previsione, con il nuovo art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p., che nella fase dibattimentale l’esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell’art. 210 c.p.p., nonché gli atti di ricognizione e confronto, siano documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva; una nuova modalità di documentazione, non esclusiva, che si aggiunge a quella ordinaria⁹.

4. La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale quale “diritto condizionato”.

Il primo passo è stato quello di prevedere la registrazione audiovisiva quale sistema di documentazione della prova dichiarativa; il secondo passo, quindi, quello di costruire, sulla base del presupposto rappresentato dalla nuova modalità di documentazione, una per nulla convincente soluzione di compromesso tra il diritto assoluto alla rinnovazione delle precedenti prove in caso di mutamento del giudice, previsto implicitamente dall’art. 525 c.p.p.,

⁶ La delega era prevista dall’art. 1, comma 8, lett. a), l. 27 settembre 2021, n. 134.

⁷ La scelta di tale modalità di documentazione è stata estesa dallo stesso delegante anche all’acquisizione dell’interrogatorio o di talune dichiarazioni durante le fasi precedenti. La nuova disposizione, inoltre, dettata in materia di giudizio, trova applicazione, mediante richiami, anche in relazione a differenti contesti nei quali però si formi «un mezzo dimostrativo fisiologicamente idoneo a supportare la decisione sulla regiudicanda»: ciò che accade, ad esempio, nell’assunzione di prove dichiarative nell’ambito del giudizio abbreviato, a norma dell’art. 441, commi 5 e 6, c.p.p., sebbene essa avvenga nelle forme previste per l’udienza preliminare; ovvero in riferimento alle prove assunte in sede di incidente probatorio, che, in ragione di urgenza e irripetibilità, se non di particolare tutela del testimone, si pongono maggiormente in contrasto con i principi di immediatezza ed oralità.

⁸ L’attuazione della delega è avvenuta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

⁹ Data l’attuale disponibilità di tecnologie che consentono la riproduzione del compimento di un atto che non sia solamente cartacea, la nuova previsione, nell’ottica della riforma, è dichiaratamente finalizzata ad evitare che la documentazione stessa appiattisca o sottragga valore euristico alla prova. In argomento, volendo, cfr. CHELO, *Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio “secondo Cartabia”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 172 ss.

e la possibilità di rinnovazione dell'istruzione probatoria condizionata ad una valutazione del giudice sulla necessità, propugnata dalla giurisprudenza. Ebbene, se solo si considera che, come si è acutamente osservato, con l'art. 525 c.p.p. il legislatore avrebbe voluto ottenere qualcosa di più della rinnovazione, «mirando ad impedire *ex ante* che tale mutamento vi sia» dato che «la prova è un atto peculiare che non si può rinnovare con la certezza di ottenere i medesimi risultati»¹⁰, la considerazione è una sola: si è cercato un compromesso in una situazione che già era di compromesso; il che, evidentemente, non può funzionare.

È così che, con riferimento alla condizione al cui verificarsi deve disporsi la rinnovazione, la riforma sostituisce un presupposto soggettivo e discrezionale come la valutazione del giudice – peraltro introdotto dalla giurisprudenza – con un inedito presupposto oggettivo costituito dall'avvenuta registrazione audiovisiva della prova già assunta nel dibattimento. Ognun vede, però, come sempre di diritto “condizionato” si tratti, mentre al mutamento del giudice il diritto alla rinnovazione dovrebbe conseguire quale diritto assoluto; e riteniamo che, nonostante la modifica legislativa, di un diritto assoluto non possa che continuare a parlarsi, proprio in ragione del fatto che la novella non ha intaccato direttamente il principio di immutabilità.

La riforma, infatti, non è intervenuta sull'art. 525, comma 2, c.p.p. ma è stata attuata attraverso un'integrazione dell'art. 495 c.p.p., disciplinante l'ammissione delle prove¹¹. Il nuovo art. 495, comma 4-ter, c.p.p. dispone, infatti, che, se il giudice muta¹² nel corso del dibattimento, a richiesta della parte che vi ha interesse deve procedersi nuovamente all'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti tali dichiarazioni saranno utilizzate, a meno che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In quest'ultimo caso, infatti, la parte non vanta più il diritto alla rinnovazione che può comunque essere disposta qualora il giudice la ritenga necessaria, a seguito di istanza o di ufficio, sulla base di specifiche esigenze.

La scelta, in buona sostanza, è caduta su un meccanismo inverso rispetto a quello già noto contenuto nell'art. 190-*bis* c.p.p.¹³: in tale previsione, infatti,

¹⁰ In questo senso cfr. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 742. La prospettiva è ripresa anche da BRONZO, *La “riforma Cartabia” e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2022, 1322.

¹¹ Ciò anche in ragione della necessaria ripetizione della sequela di operazioni che preludono alla rinnovazione dell'esame, seppur a richiesta di parte, nel caso di mutamento del giudice.

¹² Così come la delega contemplava l'ipotesi «di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio», la disposizione che le ha dato attuazione appare testualmente neutra («se il giudice muta») per essere applicabile anche al giudizio di fronte al giudice monocratico, in ragione del richiamo operato dagli artt. 549 e 555 c.p.p.

¹³ La soluzione adottata, infatti, intende superare, sia nelle premesse che negli esiti, l'impostazione delle Sezioni Unite Bajrami e del d.d.l. Bonafede che intendeva tradurre in norma positiva

al mutare del giudice la regola è la riammissione dell'esame solo nel caso in cui questo riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni»; nell'art. 495, comma 4-ter, c.p.p., invece, la rinnovazione, in caso di mancata registrazione audiovisiva della prima prova, rappresenta la soluzione obbligatoria.

Si è sostenuto che il meccanismo adottato non sia pienamente conforme alla delega, che pareva aprire a scenari più ampi. La direttiva contenuta nell'art. 1, comma 11, lett. d), l. 27 settembre 2021, n. 134, prevedeva che il delegato avrebbe dovuto stabilire nella «ipotesi di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio»: a) che «il giudice disponga, a richiesta di parte, la riassunzione della prova dichiarativa già assunta»; b) 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». Il decreto legislativo, invece, stravolge un po' i termini e prevede che, «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze».

La non corrispondenza della delega rispetto alla soluzione normativa adottata è stata argomentata sul presupposto che la prima affermasse un diritto assoluto alla rinnovazione a richiesta di parte e una discrezionalità del giudice, legata a specifiche esigenze, nel concederla di ufficio nei casi in cui la prova avesse formato oggetto di documentazione audio-visiva; mentre la seconda avrebbe condizionato il diritto alla rinnovazione alla modalità di documentazione della prova, dovendosi comprendere se nel riferimento ad «ogni caso» sia da ritenersi inclusa anche l'istanza di parte¹⁴.

Tale ricostruzione, aderente alla *littera legis* oltre che auspicabile, potrebbe essere superata sulla base della *intentio legis* per come manifestata dalla Commissione Lattanzi che individuò il criterio di delega. Nella relazione della Commissione, infatti, si legge che, «fermo il diritto delle parti di chiedere¹⁵ la

proprio il predetto approdo giurisprudenziale attraverso un'applicazione generalizzata del criterio ammissivo speciale che l'art. 190-bis c.p.p. detta per i procedimenti di criminalità organizzata: così BRONZO, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in www.dirittodidifesa.eu.

¹⁴ In argomento cfr. LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado*, in AA.Vv., *La riforma Cartabia*, Pacini, 2022, 523; SPANGHER, *Bajramiforever*, in questa Rivista, 2022, n. 3, 459.

¹⁵ La relazione contiene uno specifico riferimento al «diritto di chiedere» e non al «diritto di ottenere», quasi ad escludere, ancora una volta, qualsiasi automatismo; vero, però, che la formula

rinnovazione della prova orale ad ogni mutamento di composizione del giudice, la situazione oggi affermatasi, a seguito del consolidato indirizzo dettato dalle Sezioni Unite nel caso Bajrami, sarebbe significativamente migliorata dalla possibilità, per il giudice, di visionare la videoregistrazione e di disporre successivamente la rinnovazione della prova solo se sussistono specifici motivi».

In buona sostanza, stando alle parole della Commissione, i criteri di delega a) e b) starebbero sullo stesso piano compenetrandosi tra loro, come regola e deroga: nulla di diverso rispetto all'impostazione adottata in ultima analisi dal legislatore delegato. Circostanza che, tra l'altro, soccorrerebbe in aiuto nell'esegesi del nuovo art. 495, comma 4, c.p.p. laddove si fa riferimento alla «parte che vi ha interesse»: l'interesse in questione, infatti, non pare essere un aspetto ulteriore che il giudice deve valutare discrezionalmente, ad esempio con una prognosi di utilizzo della prova¹⁶, bensì il risvolto della richiesta di parte, capace da sola di far sorgere il diritto alla rinnovazione nell'ipotesi di prova non documentata audiovisivamente ovvero, alla ricorrenza di tale documentazione, insieme all'esistenza di «specifiche esigenze». Riteniamo, infatti, che la novella legislativa abbia proprio l'effetto di escludere una valutazione discrezionale del giudice nell'ipotesi di rinnovazione pura della prova già assunta e non videoregistrata¹⁷, in contrasto con l'impostazione adottata dalla Suprema Corte¹⁸.

5. L'inadeguatezza della nuova soluzione normativa.

Si è già detto che la soluzione normativa non può ritenersi condivisibile: di fatto la nuova previsione annulla il principio di immediatezza introducendo un'"audio-video-immediatezza" (che è invece mediata, per definizione, dal mezzo di documentazione), trasformando così il "contraddittorio per la prova", che regola la fase dibattimentale in attuazione di una previsione costituzionale, in un "contraddittorio sulla prova", che non è sicuramente idoneo a soddisfare quella "partecipazione al dibattimento" che l'art. 525, comma 2, c.p.p. impone, a pena di nullità assoluta, per la deliberazione della sentenza.

legislativa adottata utilizza il congiuntivo presente «disponga» e non «possa disporre».

¹⁶ D'altronde, a questa conclusione deve giungersi anche attraverso l'interpretazione della formula «saranno utilizzate» contenuta nella disposizione: conclusione alla quale giunge anche LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, cit., 513, il quale osserva come «la declinazione del verbo riflessivo al futuro semplice abbia una funzione meramente suppositivo-epistemica», profilando la sola probabilità astratta che la prova sia utilizzata. Ovviamente, con riferimento alle parti private, deve trattarsi di una prova pertinente rispetto al capo di accusa che le coinvolge direttamente.

¹⁷ In tal senso, cfr. anche BRONZO, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2022, 1318.

¹⁸ D'altronde, non curandosi del principio di immediatezza, le Sezioni Unite Bajrami hanno affermato una sorta di presunzione di manifesta superfluità della riudizione nei casi in cui la parte abbia richiesto la mera ripetizione dell'esame, da svolgersi sulle medesime circostanze.

La “partecipazione al dibattimento” del giudice è, infatti, “esperienza del dibattimento”, ovvero una conoscenza diretta, personalmente acquisita per avervi preso parte, della fase di assunzione della prova, che non può essere surrogata dalla eventuale visione di una videoregistrazione, che la riforma mantiene per giunta incerta nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando*: ciò che, nell'ottica delle garanzie, lascia molti dubbi all'interprete.

Senza considerare gli effetti che la persistenza dell'art. 525, comma 2, c.p.p. continua a determinare, quale norma che introduce una nullità assoluta in caso di pronuncia della sentenza da parte di un giudice diverso da quello che ha partecipato al dibattimento (*id est*: all'assunzione della prova) nonostante la nuova previsione dell'art. 495, comma 4, c.p.p.

Se anche ci si dovesse spingere fino a ritenere che la disponibilità di una registrazione audiovisiva possa attribuire immediatezza alla prova, le conseguenze sul piano della nullità della sentenza in caso di mutamento del giudice sarebbero le medesime: la nullità prevista dall'art. 525, comma 2, c.p.p. – che rimane vigente per volere del legislatore che non ha abrogato o modificato la disposizione *de qua* – è, infatti, a regime assoluto, sicché in riferimento ad essa non può configurarsi alcuna sanatoria per il raggiungimento dello scopo. D'altronde, il legislatore è intervenuto per porre fine ad una giurisprudenza che progressivamente di tale nullità aveva fatto strame, erodendo il diritto alla rinnovazione e cercando di superare il principio di immediatezza con uno stravolgimento del dato normativo.

In caso di mutamento del giudice, infatti, l'unica soluzione appare quella della rinnovazione dell'istruzione, che non può essere considerata come un intralcio allo svolgimento del processo, ma come lo strumento attraverso il quale garantire l'immediatezza, che è principio epistemologico fondante il sistema processuale penale. E se la rinnovazione comporta un allungamento dei tempi processuali, per risolvere il problema è necessario porre il *focus* sulla ragione che impone la rinnovazione e sulla causa che la determina, cercando di neutralizzare la causa non l'effetto. Se in una prospettiva teorica il dato appare irrilevante, è, invece, fondamentale osservare come la maggior parte dei mutamenti del giudice sia da attribuire a cause non eccezionali, ma fisiologiche, quali il trasferimento in altra sede o il cambio di ruolo: situazioni che, potendo essere previste per tempo, possono portare ad una pianificazione delle attività in ragione dell'abbandono dell'ufficio, limitando al massimo l'apertura di nuovi procedimenti e garantendo la chiusura di quelli nei quali l'istruzione dibattimentale è già iniziata¹⁹.

¹⁹ Una presa di coscienza della realtà dei fatti si rinviene, d'altronde, nella *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, del 24 maggio 2021, della citata Commissione Lattanzi, in www.gnewsonline.it, 30. La Commissione ha ribadito unanimemente la necessità che si agisca sulle situazioni di mutamento del giudice, «determinate spesso (seppur non esclusivamente) dal trasferimento dei magistrati interno all'ufficio o da un ufficio all'altro»; la soluzione vaticinata dalla Commissione è quella, condivisibile, di «istituire regole ordinamentali che riducano gli effetti più evidenti e prevedibili di un trasferimento di ufficio»: risultano, infatti, già «previsti spazi

6. Le questioni sul diritto transitorio.

Comunque, piaccia o non piaccia, la scelta del legislatore è fatta. Si potrà discutere della sua bontà o meno, ma è evidente che la Corte costituzionale, per averne indirettamente suggerito i tratti di fondo²⁰, non potrà che ritenerla non in contrasto con la Costituzione. Dubbi su tale conformità, però, sorgono ben più netti in riferimento alla disposizione che introduce il regime transitorio del nuovo diritto condizionato alla rinnovazione di cui all'art. 495, comma 4-ter, c.p.p.

Inizialmente, nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, le modifiche all'art. 495 c.p.p. non erano coperte da norma di diritto transitorio: circostanza dalla quale emergeva chiaro e forte l'intento della riforma di superare immediatamente l'interpretazione giurisprudenziale. Non a caso, infatti, considerata la necessità di un adeguamento strutturale estremamente significativo per organizzare i servizi di registrazione audiovisiva e la conservazione dei supporti informatici, la modalità di documentazione rappresentata dalla ripresa audiovisiva avrebbe dovuto trovare applicazione, in virtù dell'originaria previsione dell'art. 94 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, decorso un anno dall'entrata in vigore della nuova normativa. Pertanto, essendo la regola di cui all'art. 495, comma 4-ter, c.p.p. immediatamente operativa e non potendosi da subito procedere alle registrazioni audiovisive delle prove orali, l'effetto era quello di un netto - e più che giustificato - superamento delle affermazioni delle Sezioni Unite Bajrami.

Senonché, il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, ha inizialmente differito l'entrata in vigore della riforma e la l. 30 dicembre 2022, n. 199, che lo ha convertito, ha modificato il citato art. 94 del decreto delegato ed inserito altresì un nuovo art. 93-bis, rubricato "Disposizioni transitorie in materia di mutamento del giudice nel corso del dibattimento". Le conseguenze delle modifiche sono palesi: da un lato, il riformato art. 94 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ha ridotto a sei mesi dall'entrata in vigore del decreto il termine di entrata in vigore della norma sulla documentazione audio-visiva delle prove orali, che risulta quindi fissato al 30 giugno 2023; dall'altro, l'art. 93-bis dello stesso decreto ha stabilito una regola di diritto transitorio per l'entrata in vigore dell'art. 495, comma 4-ter, c.p.p., prevedendo che tale disposizione, «come introdotta dal presente decreto, non si applica quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023»: *Bajrami forever*²¹, dunque.

organizzativi - tanto da norme primarie che secondarie - per ridurre le disfunzioni collegate al mutamento del giudice; se utilizzati in modo rigoroso ridurrebbero la rilevanza del problema».

²⁰ In questo senso cfr. anche SPANGHER, *Bajrami forever*, cit., 458, che parla di «alcune indicazioni strutturali» date al legislatore dai giudici della Consulta. In argomento cfr. anche DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1551.

²¹ Per questa presa di coscienza cfr. SPANGHER, *Bajrami forever*, cit., 457 ss.

Questa soluzione, però, presenta numerosi profili di criticità.

Si tratta, innanzitutto, di una previsione che tradisce lo spirito della riforma perché frutto di un'impostazione errata: nella relazione all'emendamento governativo che ha poi portato alla norma transitoria definitiva²² si legge, infatti, che «secondo le intenzioni del legislatore, stante lo stretto collegamento logico» tra l'art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p. e l'art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p., quest'ultima norma avrebbe dovuto intendersi condizionata all'entrata in vigore della prima. Una petizione di principio ingiustificata, se solo si considera che la stessa relazione afferma che le modifiche all'art. 495 c.p.p. avrebbero «inteso ribadire la centralità nel processo penale dei principi di oralità ed immediatezza, stabilendo il diritto della parte che vi ha interesse» alla rinnovazione: se trattasi di principi centrali, come sarebbe possibile attendere oltre per la loro affermazione?

Senza considerare che la relazione che accompagnava la proposta di introduzione della norma transitoria affermava che con essa si sarebbe evitato «il rischio di una indiscriminata rinnovazione di dibattimenti penali a causa della attuale indisponibilità da parte di tutti gli uffici giudiziari dei sistemi di videoregistrazione e, dunque, di quella ragionevole deroga al principio di immediatezza, costituita dalla messa a disposizione del nuovo giudice della videoregistrazione dell'esame, e non solo dei verbali delle dichiarazioni rese in quella sede».

Non si comprende come, in attesa di quella che è considerata una «ragionevole deroga al principio di immediatezza», possa ritenersi indiscriminata la rinnovazione: se quella introdotta dall'art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p. è, infatti, una «ragionevole deroga», ciò significa che qualsiasi altra deroga è irragionevole e come tale deve portare all'applicazione della regola dell'immediatezza, che solo la rinnovazione può attuare. Il nuovo art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p., infatti, non ha il valore di introdurre il diritto alla rinnovazione, che su base normativa è l'unica soluzione per evitare la nullità della sentenza stabilita dall'art. 525, comma 2, c.p.p., ma solo quello di delimitare tale diritto²³.

Ancora più seria è la considerazione della situazione normativa determinata dall'art. 93-*bis*, per effetto del quale sussistono ben tre differenti regimi in ordine alla rinnovazione dell'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento.

Il primo è quello del passato, relativo alla rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023: in questo caso si applica, per diritto vivente, il principio fissato

²² Si tratta della nota del Ministero della giustizia, Ufficio legislativo, in data 28 novembre 2022.

²³ Quindi, a rigor di logica, quand'anche la norma dovesse applicarsi a chi ha reso dichiarazioni «in data anteriore al 1° gennaio 2024», ciò comporterebbe l'impossibilità di applicare la deroga in relazione alle prove videoregistrate, non certo la regola della rinnovazione, che, nonostante il contrario parere della giurisprudenza, vive di vita propria discendendo dall'art. 525, comma 2, c.p.p.

dalle Sezioni Unite, che postula la richiesta motivata di parte e la valutazione discrezionale del giudice.

Il secondo regime è quello del presente, relativo alle dichiarazioni rese in data compresa tra il 1° gennaio 2023 e il 29 giugno 2023: non sussistendo l'obbligo di documentazione con mezzi di riproduzione audiovisiva si applicherà il principio opposto a quello fissato dalle Sezioni Unite, e quindi la rinnovazione sarà pressoché automatica.

Il terzo, infine, è del futuro e concerne la rinnovazione dell'istruzione dopo il 30 giugno 2023, una volta che l'intero sistema sia entrato a regime con l'obbligo di documentazione con mezzi di riproduzione audiovisiva, fatta salva la loro contingente indisponibilità: in questi casi il principio sarà quello della necessaria rinnovazione, salva la documentazione integrale mediante mezzi di riproduzione audiovisiva.

È innegabile che la scelta abbia rappresentato un punto di incontro tra la politica e le pressioni della magistratura organizzata e che, quindi, rappresenti una soluzione di compromesso. Ma non essendo possibile individuare una convincente *ratio distinguendi* fra i diversi regimi, in particolare tra il primo e il secondo, si tratta di un compromesso non del tutto ragionevole.

7. In conclusione: quali possibili rimedi?

Dobbiamo chiederci, a questo punto, quali rimedi siano esperibili dalle parti che invocano il proprio diritto alla rinnovazione dell'esame e si trovino nella spiacevole situazione di dover sottostare all'applicazione di un principio giurisprudenziale che il legislatore ha fatto salvo sino al 31 dicembre 2022.

Astrattamente, la parte potrebbe chiedere al nuovo giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 93-*bis* del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Questa disposizione, come è noto, non era prevista nel testo originario del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, ma è stata introdotta soltanto dalla legge di conversione, che ha inserito l'art. 5-*decies*. Pacifica la possibilità per la legge di conversione di introdurre emendamenti al decreto da convertire, permane pur sempre l'obbligo costituzionale di rispettare la necessaria omogeneità del decreto legge.

Sul punto, risulta tuttavia arduo dimostrare un eventuale vizio del d.l. n. 162 del 2022, posto che la giurisprudenza costituzionale è da tempo assestata sulla legittimità di decreti legge a contenuto plurimo, purché sussista «l'osservanza della *ratio* dominante l'intervento normativo d'urgenza»²⁴. Inoltre occorre sempre ricordare come il sindacato di costituzionalità rimanga «circoscritto ai casi in cui la rottura del nesso tra la situazione di necessità ed urgenza che il Governo mira a fronteggiare e la singola disposizione del decreto-legge risulti evidente, così da connotare quest'ultima come “totalmente “estranea” o addirittura “intrusa”, analogamente a quanto avviene con

²⁴ Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

riguardo alle norme aggiunte dalla legge di conversione»²⁵. Il requisito della “evidente assenza” dei presupposti, pur criticato in dottrina²⁶, risulta ormai costantemente seguito dalla giurisprudenza costituzionale e non si profila all’orizzonte alcun *revirement*.

Scartata dunque la possibilità di percorrere la strada dell’incostituzionalità per violazione dell’art. 77 Cost., rimarrebbe comunque da saggiare l’ipotesi della violazione dell’art. 3, comma 1, Cost.

Difatti, la norma di diritto transitorio introduce un regime differenziato meno favorevole rispetto alle prove dichiarative assunte prima del 1° gennaio 2023, senza che tuttavia vi sia alcuna convincente giustificazione.

Tutto ciò non può che suscitare forti dubbi di compatibilità con l’art. 3, comma 1, Cost., perché si trattano in maniera diversa situazioni uguali violando la regola di giustizia sostanziale sottesa alla disposizione costituzionale²⁷. Il legislatore, infatti, è tenuto a «non violare le regole della logica, che costituisce un limite giuridico all’esercizio di ogni attività discrezionale: con la conseguenza di considerare invalida la legge che disponga trattamenti differenziati per determinate categorie di rapporti allorché dallo stesso suo testo o da altre disposizioni ad esso collegate risulti l’inesistenza delle peculiarità dei rapporti regolati (...) o pure quando tali peculiarità appaiono *prima facie* prive di ogni carattere di ragionevolezza»²⁸.

La questione, in questa prospettiva, sarebbe ben diversa da quelle reiterate respinte dalla Corte costituzionale, perché il rinvio dell’entrata in vigore del nuovo comma 4-ter dell’art. 495 c.p.p. non rappresenterebbe affatto una “ragionevole eccezione” «al principio dell’identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell’esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l’efficienza dell’amministrazione della giustizia penale»²⁹. Rappresenta, al contrario, l’espressione di una generica necessità ed urgenza di «consentire una più razionale programmazione degli interventi organizzativi di supporto alla riforma», come recita la premessa del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che non parrebbe di per sé costituire una giustificazione sufficiente proprio alla luce di quella giurisprudenza costituzionale. Né è possibile comprendere la *ratio* della distinzione in rapporto all’esigenza di approntare le necessarie misure organizzative volte

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Si v., tra i molti, CELOTTO - DI BENEDETTO, *Commento all’art. 77*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1518 s., i quali lamentano come «il significato della clausola generale “casi straordinari di necessità ed urgenza” è stato, negli anni, completamente snaturato, in forza di una interpretazione estensiva o - addirittura - super-estensiva del presupposto legittimante», avallata «dalla dottrina, in quanto la prassi - a tal fine - si è avvalsa non poco delle “condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti”: è stato, infatti, proprio il contributo degli studiosi a spalancare le porte all’abuso, fornendo argomentazioni eccellenti per una interpretazione “lassista” della locuzione costituzionale».

²⁷ Cfr. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 75.

²⁸ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 837.

²⁹ Corte cost. 20 maggio 2019, n. 132, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

a garantire la disponibilità da parte di tutti gli uffici giudiziari dei sistemi di videoregistrazione, posto che il termine di entrata in vigore della norma sulla documentazione audio-visiva delle prove orali, come in precedenza osservato, è ulteriormente posticipato al 30 giugno 2023. Situazioni uguali, dunque, sono trattate in modo diverso.

Una eventuale decisione di accoglimento da parte della Corte costituzionale avrebbe così come effetto quello di rimuovere il limite temporale di applicabilità del comma 4-ter, consentendone la più piena espansione e facendo venir meno, una volta per tutte, l'ultrattività della "regola Bajrami".

Sarebbe la giusta occasione per ripristinare l'ordine fissato nell'art. 101, comma 2, Cost.: al legislatore il compito di formare la legge, al giudice quello di applicarla senza disfare ciò che il primo ha fatto³⁰. Non sarebbe poco.

³⁰ Come peraltro avvertito persino in ambienti di *common law*: *King v. Burnwell*, 576 U.S. (2015): «*In a democracy, the power to make the law rests with those chosen by the people. Our role is more confined - "to say what the law is". Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 177 (1803). That is easier in some cases than in others. But in every case we must respect the role of the Legislature, and take care not to undo what it has done.*». Sul tema, più ampiamente, sia consentito il rimando a BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Dir. pub.*, 2017, f. 1, 42 ss.

Scrivere il nuovo Codice penale: una sfida culturale prima che giuridica*

Elvira Dinacci**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il codice autoritario. – 3. Il codice della continuità con la tradizione liberale. – 4. Il codice attuale. – 4.1. I primi interventi riformatori. – 4.2. I limiti di una riforma penitenziaria fuori dal codice. – 4.3. La timida riforma Orlando e gli interventi della Consulta nell’ottica costituzionale. – 4.4. Involuzioni normative e tentativi di riforma nell’ottica delle commissioni di studio. – 5. Codice penale e codice processuale penale: quale sintonia? – 6. Conclusione.

ABSTRACT

La necessità di una riforma globale del nostro codice penale è evidente a tutti, e non perché si tratti di cattiva legislazione – a parte lo stigma autoritario in esso contenuto e in parte eliminato da un succedersi di leggi e leggi –, ma per una esigenza di ordine e chiarezza, che adegui ai tempi una materia risalente, che esprima davvero i principi costituzionali e non attraverso sporadici interventi legislativi o pronunce necessitate della Corte costituzionale, che si sintonizzi col nuovo processo penale e che, finalmente, riconosca alla pena la funzione complessa che la Costituzione le affida: afflittività orientata alla integrazione sociale del condannato.

The need for a comprehensive reform of our penal code is obvious to all, and not because it is bad legislation – apart from the authoritarian stigma contained in it and partly eliminated by a succession of laws and secondary laws –, but for a need for order and clarity, adapting to the times a matter which is outdated, which really expresses constitutional principles and not through occasional legislative interventions or necessary pronouncements of the Constitutional Court, which is in tune with the new criminal trial and which, finally, recognize the penalty the complex function that the Constitution entrusts: afflictiveness oriented to the social integration of the condemned.

* Il presente contributo è destinato al volume “*Per i novant’anni del Codice Rocco*” di prossima pubblicazione, frutto del progetto di ricerca finanziato dalla “Sapienza Università di Roma” e coordinato dalla Prof.ssa Paola Coco.

** Ricercatrice di Diritto penale presso la “Sapienza Università di Roma”.

1. Premessa.

Una riflessione sui novant'anni di vita del codice penale Rocco, non è un'indagine di poco conto. L'analisi, in una prospettiva critica, evidenzia i limiti e le contraddizioni di tanta longevità. Limiti, dettati dal mutato contesto storico-politico e, soprattutto, da quella trasformazione sociale che ha comportato l'affermazione di nuovi valori ai quali non possono non riferirsi, rispetto a prima, diverse gerarchie e prospettive di valutazione. Nuovi diritti dunque, ma anche nuovi doveri; diritti e doveri che diventano inviolabili ed inderogabili con l'avvento del Patto Costituzionale, ridisegnandosi così il ruolo della materia penale, le cui esigenze di tutela non possono oltrepassare la barriera del rispetto della dignità umana.

Bisogna poi tener presente il fattore tempo, strettamente collegato al dato giuridico; esso, comportando mutamenti significativi nel succedersi dei fatti, evidenzia carenze di tutela rispetto a tipologie di aggressioni tipiche dell'attuale società dinamica, che non possono non tradursi in accadimenti storici normativizzati.

La modernità, largamente intesa, portatrice non solo di valori nuovi, ma anche di ulteriori e più raffinate esigenze di tutela, pretende un ammodernamento normativo capace di fare fronte al fenomeno criminale attuale sempre più sofisticato, sfuggente e globalizzato. Situazioni tutte, lontane ed inimmaginabili rispetto all'esperienza del Codice Rocco. Codice questo, sicuramente attento – fin troppo! – alla prevenzione-repressione del fenomeno criminale dell'epoca, ma insufficiente ed inadeguato rispetto ai nostri tempi. Eppure, ancora oggi celebriamo, criticiamo e, al contempo, ci affidiamo, restiamo ancorati, ad un Codice che sopravvive al momento politico autoritario che l'ha fortissimamente voluto, in un periodo antico, che precede l'avvento della nostra Carta Costituzionale.

Le ragioni di tanta sorprendente longevità, possono trovare comprensione solo attraverso una pur breve indagine sul periodo storico-ideologico che quel codice ha forgiato, e di cui esso stesso è immancabile espressione. Occorre rammentare, che i movimenti di codificazione e le istanze riformatrici, risalivano già alla fine della prima guerra mondiale, a causa del forte divario creatosi tra classi sociali, che sfociò in contrasti politico-ideologici, non facili da fronteggiare per lo Stato liberale dell'epoca.

Tutto ciò non poteva non riverberarsi sul dibattito tra le diverse correnti penalistiche, evidenziando la necessità-urgenza di sostituire il vecchio Codice dell'Italia unita (c.d. "Zanardelli"), con qualcosa di più moderno, maggiormente attento a quelle ingiustizie sociali incrementate dalla guerra; un codice cioè, che fosse in grado di attenuare il carattere classista del diritto penale liberale. Arturo Rocco si rivelò essenziale per l'attuazione di questo programma; già nel 1910 nella sua prolusione all'Università di Sassari¹, mise in

¹ Cfr. art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*,

luce le linee portanti del metodo tecnico-giuridico che, divenendo il nuovo indirizzo penale, influenzò, e non solo in Italia, l'intera impostazione dogmatica del diritto penale, componendo anche il contrasto tra la Scuola classica e quella positiva. Premessa questa fondamentale ed utile per comprendere come, il vigente codice penale, si prestò a diventare espressione dell'assetto statale voluto dal regime fascista, in un periodo in cui il rispetto delle libertà non occupava, nella scala dei valori, un posto preminente.

Si celebrò così il definitivo superamento del Codice Zanardelli (1889), caratterizzato invece da quell'impronta spiccatamente liberale in linea con la politica giolittiana dell'epoca. Venne quindi trasfuso nel codice quel nuovo pensiero giuridico, facente capo ad Arturo Rocco che, senza disconoscere la necessità di uno studio interdisciplinare dei fenomeni criminosi, rivendicava il primato del metodo giuridico 'distinto', ma non 'separato', dalle altre discipline sociali². L'intento era quello di elaborare un metodo di studio che avesse ad oggetto l'analisi sistematica delle norme penali, libere da qualsiasi contaminazione di cui erano portatrici le due fondamentali scuole di pensiero dell'epoca. S'intendeva propugnare cioè, un metodo autonomo, giuridico-positivo da cui dedurre autonomi principi normativi, fondati su basi giuridicamente rigorose, al di fuori di qualsiasi astrattezza metafisica. La scelta dell'eminente Studioso fu quella di ricostituire in capo al diritto penale, la dignità di scienza giuspositiva, conferendogli autonomia scientifica, per meglio caratterizzarne gli istituti, attingendo comunque alle altre branche del sapere, in funzione, sì, complementare, ma, anche, di ausilio necessario per una interpretazione sistematica del diritto, scevra da ogni formalismo³. La preponderante natura tecnica del codice sembra prevalere su quella politico-ideologica, ridisegnando un metodo che consegna al diritto il titolo di scienza giuridica, il cui oggetto di studio non sono le cause della criminalità ma le norme giuridiche vigenti. Si delinea così un preciso e necessario spartiacque travasato poi nel codice: la separazione tra dogmatica (scienza giuridica) e politica criminale. L'autonomia di quel pensiero giuridico, improntato ad una severa impostazione dogmatica, seppur ispirato ad una salda dottrina di reazione, non permise mai di definire Arturo Rocco e la sua opera 'servile' al regime, quasi un '*commis del'Etat*'.

In conclusione, la produzione del Codice, nonostante la tendenza autoritaria, rispecchiava i principi della tradizione penalistica liberale, sintetizzandoli con istituti marcatamente autoritari, mantenendo l'influenza della scuola positiva, senza mai perdere coerenza ed unità sistematica. Qualificare, *tout court*, questo Codice come "fascista", sarebbe riduttivo e soprattutto non

1910, 497.

² Cfr. art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 518.

³ Sul punto si rimanda all'ampia ed esaustiva bibliografia riportata nel pregevole lavoro di DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127; di recente cfr. COCO, *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2018, 1 ss.

veritiero. Un Codice “solo” fascista, in considerazione del tempo trascorso e, principalmente, dei nuovi valori propugnati nella nostra Carta Costituzionale, non sarebbe in alcun modo utilizzabile, neanche attraverso quell’opera di continuo adattamento, correzione, manipolazione fino ad oggi effettuata, i cui risultati (ahimè!), non possono definirsi encomiabili.

2. Il codice autoritario.

È palese come il tecnicismo giuridico si sia facilmente prestato ad un ‘uso politico’, permettendo al giurista, nell’esegesi della legge, di ignorare qualsiasi valutazione critica, rifugiandosi in un formalismo concettuale, consono al clima autoritario, al quale lo stesso Rocco assicurò il proprio appoggio. L’influenza del regime autoritario, sicuramente, ha significato la rinuncia da parte dell’interprete ad ogni funzione critica o giustificazione del diritto penale, assicurandone la fedeltà ideologica che, però, si badi, per il legislatore del 30, non ha mai significato incondizionata adesione politica.

La severa impostazione dogmatica di Arturo Rocco, fondata sulla ricerca di una nuova unità logica per l’ordinamento giuridico, rappresentò l’occasione valida per affidare all’ideologia dello Stato forte e autoritario, il monopolio per operare scelte giuridiche. E proprio nella nuova idea di Stato, così diversa da quella propugnata nel Codice Zanardelli, si evidenziò il pensiero politico dell’epoca, dove il diritto di punire non consisteva in «una graziosa concessione fatta dagli individui allo Stato medesimo ed avente a proprio limite la barriera insuperabile del diritto naturale di libertà dell’individuo», bensì in «un diritto di conservazione e di difesa proprio dello Stato, nascente con lo Stato medesimo e avente lo scopo di assicurare e garantire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune»⁴. Le linee portanti di una tale concezione, trasfusa nel Codice, significavano la fine dell’esperienza postunitaria, contrassegnata da quella visione contrattualistica propria dell’illuminismo, dove il diritto era in funzione delle libertà dei singoli. Un’accentuata concezione statalistica-pubblicistica, ha ispirato il Codice del ’30; i beni della persona venivano tutelati in funzione di interessi statuali, cioè si strumentalizzavano per una tutela superindividuale, evanescente, consentendosi così l’intrusione dello Stato nella sfera delle libertà del singolo. Insomma, si è sottratta la titolarità del bene, alla disponibilità del legittimo titolare, rendendosi quel bene, espressione massima del principio di autodeterminazione, indisponibile. Ciò ha comportato quella visione c.d. “paternalistica” del diritto penale, che ancora oggi in alcuni casi permane, nonostante il primato della persona sancito dalla nostra Carta Costituzionale. Visione quella, in assoluta coerenza con l’idea dei rapporti tra Stato e individuo operante nel

⁴ Cfr. i *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte II, *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma, 1929, 7.

contesto storico in cui si sviluppò il Codice Rocco. Il diritto, incarnato nello Stato, si sostituisce d'autorità nelle decisioni anche più intime dell'individuo rimuovendone la titolarità individuale, trattandosi di interessi superiori, il cui fondamento risiede nello Stato etico, nella religione di Stato, fino ad immaginare un paradossale interesse statale allo sviluppo demografico. Una tutela dunque, incentrata sullo Stato-persona, cioè su un elemento spiccatamente politico che incarna la difesa dell'apparato di potere del fascismo, piuttosto che i diritti del singolo individuo. Operazione questa che, senza negare quelli che sono interessi individuali, con sapiente tecnicismo, li ha trasformati in categorie pubblicistiche vaghe ed astratte, dove la persona è un mero riflesso-strumento, utile e necessario allo sviluppo dello Stato-nazione.

Esempi sconcertanti di una tale visione sono i delitti di aborto e di violenza sessuale, espressioni autentiche di interessi squisitamente personali, essi furono collocati, rispettivamente, tra «i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe», titolo ormai a ragione abrogato, e tra «i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», questo invece svuotato di qualsiasi contenuto ma (sigh!) ancora esistente. Con ciò si è inteso evidenziare non solo quella subordinazione funzionale della persona alle esigenze dello stato etico, ma anche, *in nuce*, quell'angolazione palesemente razzista, che sfociò poi nelle leggi razziali. L'autorità dello Stato, rafforzata da un forte inasprimento del sistema sanzionatorio e da una dilatazione dell'area del controllo penale, si realizza e culmina nell'impianto della parte speciale, dove l'ideologia dell'epoca trovò la sua massima espressione. È indubbio che la soppressione, nel libro secondo, «dei delitti contro la libertà», e la sostituzione del titolo previsto sempre nel Codice Zanardelli «dei delitti contro la sicurezza dello Stato», con quello «dei delitti contro la personalità dello Stato», segnano la fine del processo storico di liberalizzazione del diritto penale, cristallizzandosi definitivamente il diritto assoluto dello Stato fascista all'obbedienza per la tutela della propria sicurezza, meglio, esistenza e conservazione. I delitti politici rappresentano l'espressione più bieca del rigorismo autoritario del codice Rocco. La difesa del regime qui esprime la sua massima efficienza, attraverso il proliferare di un numero indefinito ed ideologizzato di fattispecie criminose, caratterizzate da indeterminatezza e pericolosità presunta. Non solo, in tale ottica vengono negati tutti i diritti politici del cittadino, che diventano funzionali allo Stato nell'ambito delle norme che puniscono gli attentati contro la personalità di questo. E proprio attraverso i delitti di attentato, dove l'anticipazione della punibilità agli atti preparatori si unisce ad una costruzione del fatto su concetti vaghi e onnicomprensivi, si è voluto esprimere la "supertutela" accordata dallo Stato a se stesso. Insomma, l'azione politica dello Stato, non poteva essere compromessa in qualsiasi campo essa si fosse svolta. Di qui, la precedenza gerarchica degli interessi pubblici su quelli privati con la massima valorizzazione dello Stato, differenziò in modo evidente il codice Rocco da quello previgente. Basti pensare alla particolare cura dedicata alla costruzione capillare ed organica delle figure dei reati associativi, tesi a colpire soprattutto quelle associazioni politiche che «limitavano la loro

attività alla diffusione delle idee, cioè all'affermazione teorica degli obiettivi politici, che costituivano il loro programma»⁵; per questa via la repressione penale del dissenso politico rappresentò lo strumento principale di cui la classe dominante si servì per conservare il proprio potere politico. A tal proposito, utilizzando le parole di Feuerbach, è doveroso affermare come «questo concetto che determina l'alto tradimento semplicemente in base all'intenzione è adeguato ad una legislazione morale che voglia sottoporre al giudice atteggiamenti interiori di alto tradimento, non ad una legislazione civile»⁶.

L'ispirazione autoritaria del codice del '30 prese forma anche in quel generalizzato inasprimento sanzionatorio che si manifestò con il ripristino della pena di morte⁷ e con la dilatazione delle fattispecie punite con l'ergastolo, nonché con gli aumenti delle pene principali e l'intensificazione delle pene accessorie. Un arsenale sanzionatorio questo, alla ricerca di una pena "esemplare", che veniva completato da limiti elevatissimi per il concorso materiale ed anche formale; dall'esclusione del giudizio di prevalenza di equivalenza delle circostanze, imputate a titolo di responsabilità oggettiva; nonché dal principio di identità di pena nel concorso di persone. L'introduzione poi del doppio binario, elemento per l'epoca di assoluta novità e accolto con plauso al livello europeo, ha consentito al volto autoritario del regime, un ulteriore controllo penale scisso da qualsiasi vincolo di garanzia, per un tempo potenzialmente illimitato, prescindendo, in moltissimi casi, dall'accertamento in concreto della pericolosità dell'autore, permettendo in tal modo la neutralizzazione del soggetto dissenziente-pericoloso. L'idea preventiva, sia generale

⁵ *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Vol. V, cit., 275.

⁶ FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Theil III, München, 1804, 33.

⁷ Nell'ottica del codice del '30, l'individuo è un elemento infinitesimale e transeunte dell'organismo sociale, ai cui fini deve subordinare la propria azione ed esistenza; di qui l'assoluta legittimità della pena di morte, inflitta all'individuo ove sia necessario ai fini supremi di difesa della società e dello Stato; la pena di morte cioè, rappresenta un solenne esempio ammonitore per placare la giusta indignazione della coscienza popolare, evitando così sanguinose rappresaglie. Si riporta nella *Relazione* una suggestiva e persuasiva(!) motivazione: «*La ripugnanza che taluni sentono per tale sacrificio è veramente poco giustificabile, in quanto non vi è alcuno che dubiti della legittimità di un altro sacrificio, ben più vasto e ben più grave, che lo Stato impone ai cittadini: quello di morire combattendo per la patria. Se tale sacrificio si impone a centinaia di migliaia di onesti cittadini, perché potrà mai dubitarsi della legale e morale possibilità di infliggere un sacrificio analogo ai più tristi delinquenti?*» (*Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Parte Prima, n. 251, 26 ottobre 1930, 4451). Mai come in questo momento storico tale frase obbliga a pensare sull'assurdità delle guerre, ancora tanto popolari, per affermare poteri e interessi nazionali. Nonostante che il dettato costituzionale all'art. 11 rifiuti la guerra come strumento di offesa e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, essa ancora costituisce il modo più semplice per risolvere/prevaricare/reprimere ogni forma di divergenza/diversità tra i popoli; deve convenirsi, oltre ogni ragionevole dubbio, che essa rappresenti lo strumento di cui molti Stati si servono per legittimare uno dei più terribili crimini contro l'umanità.

che speciale, particolarmente sentita nella legislazione penale italiana degli anni '30, sull'onda della scuola positiva, formalmente rifiutò una idea unitaria di sanzione, accettando così un "dualismo" teorico, la cui distinzione tra pena e misura consisteva in un criterio squisitamente nominalistico, accomunato da sicura afflizione. Di qui, il piano penal-penitenziario, aveva un rilievo minimo; il reo ed i suoi diritti non rilevavano, e il trattamento veniva imposto coattivamente attraverso un regolamento di esecuzione (r.d. n. 787 del 1931), da perseguire all'interno della struttura penitenziaria, fondato sull'isolamento e l'emarginazione. La sanzione, che nel codice Zanardelli poteva essere anche alternativa al carcere, fu ridotta nel codice Rocco al binomio pena privativa della libertà personale e pena pecuniaria, dove l'eventuale obiettivo del recupero del reo era previsto solo all'interno della struttura penitenziaria, attraverso il lavoro, l'istruzione e la religione, elementi questi necessari per «trasformare il detenuto in un buon fascista»⁸. È evidente che nell'ottica del Codice, tra le funzioni essenziali della pena non rientrava in alcun modo l'emenda e la rieducazione del reo, costituendo queste, semplicemente degli elementi secondari ed accessori, non necessari, da riservare ad alcune peculiari situazioni (minore età), quindi non passibili di generalizzazione. Nel settore del sistema sanzionatorio, orientato in una prospettiva di rigore, il Codice Rocco ha mostrato idee precise: funzione di prevenzione generale intimidativa-negativa, da realizzare mediante la minaccia di pena detentiva, e funzione retributiva-satisfattoria a quella strumentale, da intendersi come pena fissa-immobile tipica delle teorie assolute, dove il tempo della detenzione si ferma.

3. Il Codice della continuità con la tradizione liberale.

Tuttavia, bisogna dare atto, che il Codice Rocco, nelle sue linee fondamentali, non ha mai sconfessato alcuni fondamentali principi espressione del pensiero liberale, patrimonio della scienza penale italiana sin dai tempi di Beccaria. Confermò e potenziò l'importanza del principio di stretta legalità, diversamente dalla Germania nazista che arrivò ad introdurre l'analogia in *malam partem*. Seppur con eccezioni significative, mostrò attenzione e ricettività verso i fondamentali principi di colpevolezza, con l'assunzione del dolo e della colpa quali normali criteri di imputazione, rispettivamente, dei delitti e delle contravvenzioni; di offensività, respingendo qualsiasi suggestione riguardo al diritto penale d'autore, ribadendo la propria adesione ad un modello di diritto penale del fatto, in contrasto anche qui con la tendenza della Germania nazionalsocialista, che preferì una concezione del reato in chiave soggettiva, come violazione del dovere di fedeltà verso lo Stato. Non può non riconoscersi al legislatore del '30, la straordinaria capacità tecnico-

⁸ Relazione al Re per l'applicazione del testo definitivo del regolamento per gli istituti di prevenzione e pena, in *Riv. dir. penit.*, 1931, 3, 586.

giuridica nella definizione teorica degli istituti più importanti di parte generale, dove ha avuto luogo un notevole incremento delle norme che, da 103 articoli previsti dal precedente Codice Zanardelli, diventano 240.

L'accuratezza formale del Codice si evidenzia inoltre per l'introduzione di svariate norme interpretative-definitorie, la cui funzione, essendo finalizzata a risolvere ambiguità esegetiche, agisce anche da direttiva prefissata dalla legge per facilitare l'interprete nella individuazione delle scelte di valore operate dal legislatore. La disciplina risulta estremamente dettagliata, fino a prevedere norme di legge: 1) per regolamentare lo stesso atto da interpretare (per es. l'art. 12 delle preleggi al Codice civile); 2) per dirigerlo verso una interpretazione predeterminata ("agli effetti della legge penale", artt. 4, co. 2, 8, 203 c.p.); 3) per serbargli un uso diverso da quello ordinario (artt. 4, co. 2, 8, co. 3, 94, 101, 529 c.p.). Seppure la notevole mole di norme definitorie può apparire ridondante, è innegabile la loro natura integrativa e, quindi, innovativa dell'interpretazione, vincolando in vario modo il lettore, sottraendogli, in parte, iniziative autonome che vadano oltre la legge scritta⁹. L'attualità, e soprattutto, la necessità di tecniche normative che propongono l'uso di norme definitorie al fine di assicurare maggiore certezza del diritto, è stata ribadita e riproposta nei recenti Progetti di Riforma ministeriali, attraverso la creazione di ulteriori nozioni e di più precise specificazioni, prevedendo un migliore coordinamento all'interno di un unico articolato ovvero per gruppi di materie¹⁰.

Il potenziamento delle definizioni teoriche di parte generale, perteneva anch'esso ad esigenze di certezza ma anche di metodo, riguardando la struttura generale-essenziale dei vari istituti, necessaria per l'esistenza del reato e della punibilità. Il legislatore, in alcuni di questi casi, riuscì anche ad aggirare il regime, mediante un erudito utilizzo di costruzioni tecnico-giuridiche di difficile decodificazione, la cui interpretazione sistematica, almeno in una democrazia liberale, avrebbe condotto alla vera *ratio legis* della norma in questione; il riferimento è al delitto tentato (art. 56 c.p.). Considerazioni po-

⁹ Sul punto BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 203.

¹⁰ Limiterei l'indagine ai Progetti di riforma ministeriale che partono dall'inizio degli anni '80: 1) Progetto ministeriale del Prof. Antonio Pagliaro (1988-1992), completo di parte generale e parte speciale (consultabile sul sito del Ministero della giustizia www.giustizia.it); 2) Disegno di legge di iniziativa del Senatore Rolando Riz e altri (1995) (consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 4, 926 ss.); 3) Progetto ministeriale del Prof. Carlo Federico Grosso (2001) (sempre consultabile sul sito giustizia www.giustizia.it); 4) Progetto del Dott. Carlo Nordio (2001-2005) (sempre consultabile sul sito www.ristretti.it); 5) Progetto ministeriale dell'Avv. Giuliano Pisapia (2006-2007) (sempre consultabile sul sito www.giustizia.it). Al punto 1 della relazione del Progetto "Pagliaro", tra i "Principi di codificazione", alla lett. d), si propongono tecniche normative (tra cui l'uso di norme definitorie, la messa al bando dei rinvii e del sistema casistico), atte ad assicurare una maggiore certezza del diritto. L'articolato del Progetto "Nordio" prevede nell'ambito delle disposizioni di attuazione all'art. 1, "Definizioni agli effetti della legge penale", una serie di termini da impiegare nella pluralità di norme penali previste nel progetto di nuovo codice.

litiche¹¹, pretesero di anticipare gli atti punibili a titolo di tentativo già nella fase degli atti preparatori, in contrasto con l'art. 61 del Codice Zanardelli che puniva chi «al fine di commettere un delitto ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione». La scelta di fondo del legislatore del '30 fu, anche qui, nel senso di avvalorare un diritto penale del fatto, dove l'estensione della responsabilità anche a chi tenta di realizzare un fatto delittuoso, fosse consentita solo se gli atti compiuti fossero stati idonei a commettere un delitto, fossero quindi, offensivi di un bene giuridico (con pena diminuita). E non solo, il legislatore ha richiesto anche l'univocità di quegli atti, intendendo con ciò la potenzialità di questi a produrre la lesione del bene giuridico; gli atti cioè, devono rivelare che l'agente ha iniziato a commettere un determinato delitto e non un altro. A conferma di tutto ciò il legislatore del '30, nella qualificazione del delitto tentato rispetto al consumato, ha utilizzato l'espressione «l'azione non si compie», intendendo che l'azione descritta dalla norma incriminatrice, seppur non completata, risulti essere quantomeno iniziata. L'autorevole conferma a quanto sopra riportato, è comprovata da una pronuncia della Corte costituzionale (n. 177 del 1980), dove si afferma che «diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono essere esclusivamente atti esecutivi, in quanto [...] soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente». Insomma, ciò che si intende affermare è che, l'eliminazione della formula dell'inizio dell'esecuzione, presente nel codice Zanardelli, non sarebbe stata sufficiente ad anticipare agli atti preparatori, la punibilità a titolo di tentativo. Lo vieta la coerenza sistematica che nel codice Rocco è nella direzione di un diritto penale del fatto, a prescindere da alcune incriminazioni di carattere politico dove l'influenza del regime purtroppo ha prevalso. Quel legislatore del '30, seppur con formule non del tutto limpide, scientemente eliminò dall'area della punibilità gli atti meramente preparatori, lo conferma l'art. 115 c.p., in cui l'incontro di due o più volontà, rileva solo sul piano della pericolosità; e lo comprova la Relazione al Re laddove (nonostante le intenzioni espresse altrove), viene cancellata la distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, affermandosi che l'accordo e l'istigazione non sono punibili se il reato non è commesso; si sottolinea poi, che «le espressioni reato commesso, commettere un reato [...] si riferiscono a tutto il processo esecutivo, e quindi anche al tentativo» (n. 6).

Altro elemento di assoluta novità rispetto al codice Zanardelli, è l'inserimento dei primi due titoli, dedicati rispettivamente uno al reato e l'altro al reo ed alla persona offesa dal reato, la cui trattazione si impose per solidità siste-

¹¹ È noto che l'anticipazione della tutela fu ispirato al caso concreto verificatosi ad opera del deputato Tito Zaniboni, che aveva piazzato dalla finestra dell'albergo un fucile di precisione in direzione del balcone di palazzo Chigi dove Mussolini era solito affacciarsi. L'essersi limitato a collocare il fucile in attesa dell'occasione propizia, secondo l'allora vigente codice Zanardelli, non consentiva l'imputazione di tentato omicidio mancando il cominciamento dell'azione punibile. Inutile dire che in spregio alla legge vigente, l'onorevole fu condannato per delitto tentato a 25 anni di reclusione.

matica nel mondo giuridico. La disciplina prevista nel titolo primo, del libro primo, dedicato all'applicazione della legge penale, rispecchia un elemento di grande modernità, con l'art. 16 c.p. (Leggi penali speciali). Emblematica norma questa, di raccordo tra le diverse parti del sistema penale che, prevedendo l'applicabilità delle disposizioni del codice penale anche alle materie regolate da altre leggi penali, adombra, già all'epoca, l'importanza di una fondamentale unità dogmatica, orientata ad eliminare incertezze sistematiche, fissando nel "Codice" il centro del sistema penale. Centralità che, seppur in un'ottica diversa, è stata ribadita e potenziata dall'introduzione con il d.lgs. n. 21 del 2018, attuativo della Legge delega n. 103 del 2017 (c.d. "Legge Orlando"), dell'art. 3-bis c.p. «*Principio di riserva di codice*». Tale norma, è stato limpidamente detto¹², deve costituire "vincolo normativo" per il legislatore, traducendo un valore antico, e cioè il raggiungimento di un processo, purtroppo al momento inattuato, di razionalizzazione del sistema penale, da intendersi come garanzia di conoscenza e comprensione, nella miriade di microsistemi normativi esistenti¹³.

L'impianto sanzionatorio, pur orientato ad un drastico aumento delle pene, da realizzare mediante l'intimidazione (efficace contropinta al delitto), a cui deve far seguito la funzione retributiva-satisfattoria, introducendo il c.d. doppio binario, espressione certamente di un compromesso con la scuola positiva, non si è discostato dai principi fondamentali della responsabilità penale espressi dalla tradizione classica; si applica la pena al soggetto imputabile di un fatto di reato e la misura di sicurezza al soggetto pericoloso dopo la commissione di un fatto reato. Le misure di sicurezza vengono definite «concorrenti, ma nella loro essenza distinte dalla pena»¹⁴. Lo stesso art. 133 c.p., norma questa, non esente da critiche per le forti incertezze applicative che pur contiene, detta al giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, indici orientativi sulla commisurazione della pena, ribadendo la necessità di

¹² Cfr. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 2018.

¹³ *Ex plurimis*: FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Arch. pen.*, 2018, Supp. al n. 1, 99; DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, cit.; PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, 31. Tutti i Progetti di riforma contengono un riferimento chiaro alla riserva di codice accogliendo l'idea di centralità del codice penale; il Progetto "Pagliaro" la inserisce tra i principi di codificazione così da imprimerle un valore precettivo che non può essere disatteso (art. 2, co. 3); il Progetto "Pisapia" ne valorizza il contenuto, in particolare stabilendo all'art. 5 che «nuove disposizioni penali siano inserite nel codice penale ovvero nelle leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti», precisazione quest'ultima quanto mai necessaria per riaffermare il vincolo di subordinazione della legislazione penale speciale a quei principi fondamentali che devono essere contenuti nel corpo normativo penalistico.

¹⁴ *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, 247.

tenere conto della gravità del reato, e cioè del disvalore dell'azione criminosa comprensiva del contributo soggettivo, per poi guardare alla personalità, adeguando-individualizzando la pena alla capacità a delinquere del reo. Si conferma così, l'ancoraggio al diritto penale classico, con qualche agevolazione alla concezione positivista, contraddistinta dallo studio della personalità umana e del suo trattamento¹⁵. Certamente la finalità intimidativa-negativa, sovrasta il sistema sanzionatorio, come evidenziano le numerose ipotesi di responsabilità oggettiva nonché la parificazione del trattamento di tutti i concorrenti nel reato. Questo però, non deve considerarsi prerogativa dello stato fascista, appartenendo l'intimidazione alla tradizione della scienza penale. Si deve quindi riconoscere che, nel nostro sistema, la pena, almeno formalmente, non ha mai smesso di coniugarsi con il principio di legalità, che ne impone l'entità predeterminata rispetto all'evento criminoso, misurata in relazione all'effettiva gravità di questo; anche se, va detto, per altri versi, si è lasciato ampio spazio alla discrezionalità ed alla pericolosità sociale. È da aggiungere che il compilatore del Codice, raffinato giurista formatosi comunque in epoca prefascista, non avrebbe mai potuto sconfessare, come accadde in Germania, i principi di garanzia liberale e, pur ispirandosi, ad una filosofia statalistico-conservatrice, ha continuato a coniugarli con lo Stato di diritto¹⁶.

Contestuale al Codice penale Rocco e retto da un'unica filosofia, fu il Codice di procedura penale anch'esso entrato in vigore il 1 luglio 1931. Il rigoroso coordinamento tra i due testi normativi consentì un funzionamento che, seppur criticabile, sicuramente assicurò efficienza al regime¹⁷. L'ideologia politica dell'epoca, intendendo affermare la preminenza dello Stato sull'individuo, non poteva non rafforzare, anche nel campo processuale penale, la pretesa punitiva, con conseguente affievolimento dei diritti della persona. Le novità caratterizzanti il Codice di procedura penale, seppur conservasse una struttura bifasica tipica dei sistemi misti, erano tutte nella direzione reazionaria. Risultavano accresciuti i poteri del pubblico ministero, agente del potere esecutivo, che tornava a poter archiviare senza alcun controllo giurisdizionale; si alzarono i termini massimi della carcerazione preventiva, diventando questa quasi la regola, dal momento che la libertà personale non aveva un ruolo centrale nel processo, dovendo la potestà punitiva perseguire

¹⁵ VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 274, afferma che «gli autori del codice, di fronte al dibattito tra le scuole penalistiche, intesero ispirarsi decisamente all'eclettismo».

¹⁶ MARCONI, *Codice penale e regime autoritario*, in *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La Questione criminale*, 1981, 1, 134 ss.; FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità in materia penale*, *ivi*, 67 ss.

¹⁷ Insieme al nuovo codice di procedura penale entrarono in vigore tre importanti decreti contenenti le disposizioni di coordinamento, transitorie e di attuazione dei due codici (per il codice penale il R.D. 28 maggio 1931, n. 601), le disposizioni regolamentari per il servizio del casellario giudiziale (R.D. 18 giugno 1931, n. 778), il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena (R.D. 18 giugno 1931, n. 787), e il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773).

il crimine senza indulgere verso i delinquenti. Il regime autoritario non poteva consentire alcuna dialettica processuale, né tantomeno parità di diritti e poteri tra l'organo accusatorio e l'imputato. La scelta operata dal legislatore nel suddividere il processo penale in due fasi processuali nettamente distinte e, per alcuni versi, anche antitetiche, non fu frutto di distrazione bensì di avvedutezza in una certa direttiva ideologica. La fase istruttoria, ispirata ad un sistema inquisitorio, veniva connotata da caratteristiche di segretezza sia interna che esterna, da un pubblico ministero che in alcuni casi agiva come se fosse un giudice, ricercando e formando prove, e poi utilizzandole nel dibattimento, questa volta in veste di parte; le più gravi nullità formali, un tempo rilevabili d'ufficio, vennero tutte sottoposte a termini di rilevazione brevi. La fase dibattimentale poi, veniva in gran parte vanificata dalle numerose letture di atti istruttori segretamente assunti, invertendosi, così, il rapporto tra regola ed eccezione previsto nei codici precedenti. Insomma, le prove si raccoglievano nella fase segreta condotta dal giudice istruttore, ovvero dal pubblico ministero nell'istruzione sommaria; l'imputato era presunto colpevole e sottoposto a carcerazione preventiva; il dibattimento per la difesa costituiva spesso solo una farsa, un inutile esercizio di retorica, dal momento che il convincimento del giudice si fondava su quanto già risultava nei verbali. In breve, le deviazioni dal modello classico, nonostante alcuni principi formalmente riconosciuti, erano evidenti sia nel codice penale che in quello processuale penale, deviazioni tutte orientate verso la direttiva ideologica dello Stato fascista. Un tale armamentario normativo, imponente e coerente, indipendentemente da ogni giudizio in ordine al suo contenuto, non poteva non assurgere a sistema e, quindi, funzionare, anche se, probabilmente, tanta armonia solo «un regime dittatoriale poteva realizzare[la] in tanto breve tempo e con tale simultaneità»¹⁸.

4. Il Codice attuale.

4.1. I primi interventi riformatori.

L'apparente rispetto dei principi fondamentali, e l'impareggiabile tecnica legislativa, riflettendo un Codice chiaro nelle scelte di politica criminale e preciso nel come perseguirle, ne decretarono la permanenza ad oltranza. La capacità di coordinare armonicamente i vari indirizzi giuridici, raccogliendo da ciascuno gli elementi migliori, ne avrebbe consentito nel tempo un opportuno utilizzo. L'indirizzo eclettico, seguito dal codice Rocco, avrebbe

¹⁸ Cfr. VASSALLI, voce *Codice penale*, cit., 272. Non merita analisi giuridica il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, istituito con L. 25 novembre 1926, n. 2008, espressione più bieca ed organo speciale del regime fascista, competente a giudicare, diffidare, ammonire chiunque fosse imputato di un reato politico, privandolo delle basilari garanzie che un processo deve assicurare.

permesso di eludere le pur numerose involuzioni autoritarie esistenti, proprio utilizzando la capacità di fondere insieme istituti di matrice autoritaria insieme a principi appartenenti alla tradizione penalistica liberale, senza mai, almeno apparentemente, negarne il valore¹⁹. Quindi non serviva disfarsene, né porre mano ad una complessa riforma in un momento così delicato per la storia del Paese; sarebbe bastato emendarlo, modificandone gli aspetti più autoritari e illiberali e, conservando quanto di buono esso conteneva, adattarlo alla nuova realtà costituzionale. Questo, probabilmente, il ragionamento che ha guidato la politica legislativa, nonché la dottrina, nell'immediato dopoguerra. Insomma, né la caduta del regime, né tantomeno l'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione repubblicana che, nel ribaltare il rapporto Stato-cittadino, segnava il nuovo volto della materia penale, ed elevava a centro del sistema la dignità umana presidiata con un elevato numero di garanzie, furono sufficienti ad affrontare la grande riforma del sistema penale. Si è inteso cioè, privilegiando nei 'pregi'²⁰, optare per interventi settoriali, aggiustamenti, leggi *extra codicem* di facile scrittura, sottraendoli ad ogni confronto con la formidabile tecnica normativa che Arturo Rocco seppe tradurre in Codice. Non sono mancate riforme tese ad eliminare gli aspetti più manifestamente autoritari: si pensi all'abolizione della pena di morte e alla reintroduzione delle attenuanti generiche, della scriminante della reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale e della prova liberatoria nei delitti contro l'onore; nonché, all'abrogazione del titolo X, «dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe», il cui contenuto è stato riscritto ed è confluito nella L. n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza; legge questa la cui centralità è comunque la tutela del nascituro e della madre, valori quindi fondamentali per una società che si fonda sul principio personalistico, che bene avrebbe meritato l'inserimento all'interno del codice, tra i delitti contro la persona²¹. La stessa farraginosa "Legge Merlin" (n. 75 del 1958), seppur apprezzabile nelle intenzioni, in quanto abolì la regolamentazione della prostituzione ed il severo regime di controllo sanitario e poliziesco all'epoca vigente, introdusse i reati di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione che, per la loro portata, avrebbero meritato una ordinata e meglio studiata sistemazione all'interno dell'impianto codicistico, trattandosi di fattispecie che offendono primariamente la dignità della persona²². La stessa materia in

¹⁹ Sull'indirizzo eclettico seguito dal codice Rocco, cfr.: ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit.; VASSALLI, voce *Codice penale*, cit. 274; NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo*, Vol. I, Tomo 2, Firenze, 1978, 598.

²⁰ L'espressione rivolta ad alcuni aspetti del codice penale del '30 è di VASSALLI, voce *Codice penale*, cit., 261.

²¹ Il Progetto "Pagliaro" raggruppa i reati d'aborto sotto la nuova categoria dei «*Reati contro la gestazione*», includendoli nel Libro I della parte speciale al Titolo III, tra i reati contro la persona, trattandosi di beni attinenti alla personalità umana.

²² Anche qui, il Progetto "Pagliaro" si è preoccupato di inserire i reati in materia di prostituzione nel Titolo IV, del Libro I della parte speciale, tra i reati contro la dignità dell'essere umano, riducendo quanto contenuto nella legge Merlin a tre fattispecie di lenocinio: dello sfruttamento e della

tema di stupefacenti, prima contenuta all'interno del codice penale e limitata a sanzionare i profili negativi del fenomeno sull'ordine pubblico, è stata estrapolata e disciplinata in modo autonomo con un susseguirsi di provvedimenti non sempre lineari.

Non sono mancati interventi riformatori in direzione del dettato costituzionale, accolti con un iniziale entusiasmo, naufragati poi, in mancanza di quell'adeguato e coerente sviluppo che avrebbe potuto effettivamente trasformare la legislazione penale rispetto alla filosofia del Codice Rocco. Si pensi alle robuste campagne di depenalizzazione iniziate con la L. n. 689 del 1981 e proseguite con la Legge delega del 1999 n. 205 e, ancora, con la Legge delega n. 67 del 2014, nonché con i collegati d.lgs. n. 7 e n. 8 del 2016. Com'è noto la L. n. 689 del 1981, oltre ad occuparsi di depenalizzazione ed a disporre in modo organico le basi del diritto penale amministrativo nella direzione del principio di sussidiarietà, ha dettato una politica sanzionatoria differenziata attraverso l'introduzione delle pene sostitutive, rimaste perlopiù sulla carta in assenza di un doveroso coordinamento con quanto già previsto, per es. con l'istituto della sospensione condizionale.

Non può non citarsi il d.l. n. 99 del 1974 (convertito nella L. n. 220 del 1974) che, al fine di mitigare il rigorismo sanzionatorio presente nel codice Rocco, è intervenuto su vari numerosi istituti in tema di pena, lasciando però immutata la struttura del sistema, limitandosi ad un generalizzato ammorbidimento delle sanzioni, perseguito attraverso un'ampia discrezionalità del giudice²³; a tutto ciò non ha fatto seguito un programma coerente di politica criminale, teso a rivedere il sistema circostanziale, che riducesse la valenza delle circostanze rispetto al fatto di reato²⁴.

4.2. I limiti di una riforma penitenziaria fuori dal codice.

Il vero cambiamento, almeno nei principi ispiratori, avvenne solamente nel 1975 con la L. n. 354 (riforma dell'ordinamento penitenziario), che ha segnato

costrizione e induzione.

²³ La riforma, comprensiva anche delle L. n. 191 e n. 1634 del 1962, ha inciso su alcuni istituti fondamentali tendenti ad un maggiore indulgenza, tra cui l'estensione della sospensione condizionale della pena, della liberazione condizionale, del reato continuato, della facoltatività della recidiva, della generalizzazione del giudizio di equivalenza o prevalenza tra circostanze, del cumulo giuridico per il concorso formale di reati, della mitigazione del trattamento carcerario dei condannati all'ergastolo.

²⁴ Tutti i progetti di Riforma di codice hanno proceduto a distinguere categoricamente le circostanze dal fatto, in forza di un'espressa e tassativa qualificazione delle stesse; si è preferito valorizzare la previsione di figure autonome di reato, che evidentemente assorbono elementi corrispondenti alle vigenti circostanze speciali e ad effetto speciale. Occorre aggiungere che i Progetti "Pagliaro", "Nordio" e "Pisapia", a differenza del Progetto "Grosso", nel caso di concorso eterogeneo di circostanze, hanno eliminato il giudizio di prevalenza ed equivalenza, sostituendolo con la regola dell'applicazione integrale di tutte le circostanze aggravanti o attenuanti pertinenti al reato.

la storica svolta in punto di esecuzione della pena. L'idea dell'emenda del reo e della sua rieducazione attraverso la pena, così come impone il dettato costituzionale all'art. 27, co. 3, non traspare nel codice Rocco, che alla prevenzione speciale dedicava uno spazio esiguo, esclusivamente a proposito dei minori. È evidente che il piano penal-penitenziario aveva un rilievo minimo; il reo e i suoi diritti non rilevavano, e il trattamento veniva imposto coattivamente attraverso un regolamento di esecuzione (r.d. n. 787 del 1931), da perseguire all'interno della struttura penitenziaria, fondato sull'isolamento e l'emarginazione. È necessario ricordare che l'esecuzione, nel codice di procedura penale del 1930, non era parte del processo, bensì un'appendice di quello, e quindi, ad essa non poteva riconoscersi quella natura giurisdizionale che solo il processo di cognizione possedeva. La sanzione diveniva operativa ed era eseguita nel concreto da organi diversi dal giudice, attribuendosi a questa fase natura "amministrativa", in contrapposizione alla natura "giurisdizionale" che era solo del processo di cognizione. Si evidenziava così il carattere incidentale delle decisioni dopo il giudicato, fondato proprio sulla stabilità assoluta della cosa giudicata e sulla funzione retributiva della pena. La riforma, per quanto encomiabile nelle intenzioni, è risultata parziale, cioè limitata al solo ordinamento penitenziario, quasi che l'esecuzione costituisse l'unico terreno per attuare nel concreto il principio rieducativo, a fronte dell'immobilismo della pena principale detentiva. Infatti, attraverso le misure alternative alla detenzione, la cui precipua finalità special-preventiva avrebbe reso possibile il recupero del detenuto, si doveva operare una effettiva trasformazione della pena già dalla fase edittale che, attraverso la sperimentazione di nuovi percorsi extramurari, la rendesse flessibile, dinamica oltre il giudicato, consentendo, così, il trattamento individualizzato del colpevole. È noto quanto tale lodevole obiettivo riformatore, abbia subito una serie di arresti ed incongruenze dovuti a momenti emergenziali permanenti (ci sia consentito l'ossimoro!). Si è permesso così al legislatore di trasformare l'esecuzione della pena, da un lato in strumento di lotta contro il terrorismo, la criminalità organizzata e, da ultimo, contro il fenomeno corruttivo, attraverso l'irrigidimento dei percorsi penitenziari e preclusioni automatiche collegate al tipo di reato; irrigidimenti, che vengono meno, dando luogo a generosi sconti di pena, per chi collabora con la giustizia, indipendentemente da qualsiasi autentico ravvedimento, né collegamento con la gravità del fatto commesso²⁵, purché il tutto risulti utile alle indagini. Dall'altro, si assiste ad un indulgenzialismo diffuso per la delinquenza comune, teso a trasformare la pena detentiva nel corso dell'esecuzione, se non addirittura prima che que-

²⁵ Sul punto FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Atti del Convegno (Saint Vincent, 6-8 maggio 1994), Milano, 1996, 270.

sta inizi²⁶, in altra pena alternativa, svilendo così ulteriormente la funzione risocializzante limpidamente imposta dalla Costituzione.

Insomma, le misure alternative alla detenzione, formalmente subalterne alla pena detentiva, diventano altro, svuotate di contenuti atti a costruire percorsi rieducativi individualizzati ed efficaci, si riducono a strumenti automatici esclusivamente deflattivi. Mantenerle poi, all'interno di un regolamento di esecuzione, ha significato alimentare ancora dubbi sulla loro autentica natura, che è da ricomprendere, aderendo a quella impostazione sostanzialistica sviluppata dalla giurisprudenza della Corte EDU e ribadita di recente dalla Corte costituzionale²⁷, all'interno della legalità della pena, da collegare direttamente all'art. 25, co. 2, Cost., trattandosi di misure che determinano una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale²⁸. Insomma, la situazione attuale evidenzia un'incoerente duplicazione processuale che comporta come risultato quel tanto lamentato senso di ineffettività della pena. La pena detentiva, irrogata e prevista nella fase della comminatoria edittale, altro non fa che ribadire l'idea carcerocentrica, così cara al codice Rocco, rimanendo l'unica privilegiata risposta al reato, salvo poi essere vanificata nella fase dell'esecuzione attraverso l'automatica sostituzione con le misure alternative.

In breve, la Costituzione richiede che la pena sia dinamica in ogni sua fase, sempre coerente col senso di umanità, assumendo la finalità rieducativa il punto di equilibrio del sistema sanzionatorio. Si sono costruiti invece, due binari paralleli, mai convergenti e, spesso, contraddittori sul senso concreto da attribuire al punire. In assenza di un reale coordinamento, si sono create profonde distonie ed interferenze tra pene detentive contenute all'interno del codice penale, e misure alternative previste nella legge penitenziaria, soggette queste ai continui mutamenti dettati, soprattutto, da scelte di politica emergenziale, piuttosto che da una visione comune orientata alla rieducazione del condannato secondo umanità.

²⁶ Il riferimento è all'art. 656, co. 5, c.p.p. che prevede la sospensione senza assaggio di pena con conseguente applicazione dell'affidamento in prova, allorché la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni, quattro nei casi previsti dall'art. 47-ter ord. pen.; pena quest'ultima non certamente breve e non in linea con la funzione originaria delle misure alternative che consisteva nell'evitare il carcere al destinatario di una pena detentiva medio-bassa, per realizzarne un utile reinserimento sociale.

²⁷ La Corte cost., con una sentenza di accoglimento interpretativo (n. 32/2020), collegandosi direttamente all'art. 25, co. 2, Cost., ha dichiarato la incostituzionalità di una interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in tema di concedibilità delle misure alternative alla detenzione.

²⁸ Cfr. il *leading case* Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, che, evidenziando il volto convenzionale della pena, estende la garanzia dell'art. 7 C.E.D.U. a tutte quelle misure modificative della pena inflitta che ridefiniscono la portata applicativa della pena imposta dal giudice.

4.3. La timida riforma Orlando e gli interventi della Consulta nell'ottica costituzionale.

Bisogna dare atto che la Legge delega n. 103 del 2017 (c.d. “Riforma Orlando”), mostrando una reale sensibilità verso una effettiva revisione del sistema, all’art. 1, commi 82, 83, 85, in materia penitenziaria aveva previsto un forte ampliamento dell’accesso alle misure alternative alla detenzione, oltre alla eliminazione di automatismi preclusivi (lett. b) c) e d) del comma 85 della legge delega), ed alla valorizzazione della discrezionalità del giudice di sorveglianza nel modulare pene flessibili, e soprattutto orientate al potenziamento di misure extramurarie.

È noto poi, come, la nuova maggioranza governativa, non abbia dato alcuna attuazione alle autorevoli proposte elaborate, pervenendosi ad un testo diverso nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente, con conseguente superamento dell’assetto complessivo voluto dalla riforma²⁹. Bisogna anche ricordare che l’attuazione dei criteri contenuti nella delega, per quanto apprezzabili, venivano circoscritti alle norme sull’ordinamento penitenziario, lasciando fuori la possibilità di modificare, e quindi coordinare, quanto contenuto nel codice penale, che pur custodisce ipotesi presuntive, alcune introdotte dalla legislazione recente³⁰. Si pensi alla disciplina differenziata relativa al bilanciamento delle circostanze per i recidivi reiterati (art. 69, co. 4, c.p.), dove si assiste a continui interventi della Corte Costituzionale diretti a vanificare «l’abnorme enfattizzazione» della recidiva, indice di rimproverabilità e pericolosità, rilevante sul piano strettamente soggettivo, che non può esimersi dall’essere valutata, in relazione anche alle circostanze attenuanti (nel caso specifico) del «fatto di lieve entità», volte queste a mitigare, in rapporto ai profili oggettivi, la risposta punitiva. La Corte in più pronunce ha ribadito il principio della necessaria proporzione della pena rispetto alla offensività del fatto³¹, costituendo, la proporzione, linea guida per il giudizio di offensività,

²⁹ Cfr. sul punto i d.lgs. n. 123 e n. 124 del 2018, contenenti disposizioni in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario; si evidenzia nella relazione illustrativa, in considerazione dei pareri negativi allo schema del decreto inviato dal governo alle camere, che si è avviato un nuovo procedimento di esercizio della delega per pervenire così ad un «testo diverso nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente con conseguente superamento dell’assetto complessivo della riforma».

³⁰ Emblematico sul punto, l’art. 99, co. 5, c.p. introdotto dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251; qui il legislatore ignaro di quello che la Costituzione impone, aveva previsto una presunzione assoluta di pericolosità, disciplinando l’obbligatorietà dell’inflizione della recidiva per alcuni gravi reati, obbligando così la Corte cost. a dichiararne la incostituzionalità seppur limitatamente alle parole «è obbligatorio» (sent. n. 185 del 2015). Suscita qualche perplessità anche l’art. 630 c.p. ove si prevede la pena della reclusione, in deroga all’art. 23 c.p., da 25 a 30 anni, introdotta dalla legislazione emergenziale a seguito dell’allarme sociale provocato da numerosi episodi di sequestro di persona posti in essere da pericolose organizzazioni criminali, con efferate modalità esecutive (art. unico L. 30 dicembre 1980, n. 894).

³¹ Le pronunce della Corte cost. si soffermano, dichiarandone l’incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., su alcune norme che vietano di considerare prevalente, rispetto all’ag-

assurgendo a carattere intrinseco della pena in modo da limitare il *law enforcement*, in relazione ad ogni intervento sui diritti fondamentali, trovando la sua base normativa, seppur indiretta, nell'art. 27, co. 3, Cost. Infatti, il primo requisito del finalismo rieducativo non può non richiamare una pena giusta, e cioè, assiologicamente adeguata e congrua, come essenziale condizione imprescindibile perché si possa tendere al risultato rieducativo³².

Non solo, il Giudice delle Leggi, con numerose pronunce, ha chiarito e, dando finalmente forma all'autentico significato dell'art. 27, co. 3, Cost., ha affermato l'irragionevolezza delle presunzioni assolute, limitative dei diritti fondamentali della persona, che negano i caratteri costitutivi della pena, e cioè, la progressività trattamentale da intendersi come flessibilità della stessa. Proseguendo su tale linea, il Giudice delle Leggi, ha bandito dal nostro ordinamento (penitenziario e processuale), qualsiasi generalizzazione posta a base di presunzioni o automatismi di pericolosità, circoscrivendo così il raggio di intervento punitivo, orientandolo sul soggetto, per finalità compatibili con la rieducazione nel rispetto delle libertà³³.

Questo sta a significare che l'attuazione nel concreto della finalità rieducativa, pretende un tempo necessario durante il quale il soggetto possa cambiare, evolvere, alimentare la speranza di un futuro reinserimento. Intesa così la rieducazione non può non permeare la pena oltre la fase esecutiva, vincolando il legislatore già nella fase ideativa e, conseguenzialmente, il giudice della cognizione nel momento dell'applicazione. Il coinvolgimento della

gravante della recidiva reiterata, l'attenuante del «fatto di lieve entità», impedendo cioè di applicare una pena adeguata e proporzionata alla differente gravità del fatto-reato; cfr. sent. n. 143 del 2021, n. 73 del 2020, n. 55 del 2021, n. 68 del 2012, n. 251 del 2012, n. 105 del 2014, n. 106 del 2014, n. 205 del 2017.

³² Con chiarezza cfr. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale, in Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di Conte e Landini, Tomo I, Mantova, 2017, 311 ss. Sul punto cfr. Corte cost. sent. n. 63 del 2022, che ha dichiarato illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche di cui all'art. 12, co. 3, lett. d), t.u. immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), nella parte in cui prevede, quali circostanze aggravanti speciali del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, l'utilizzo dei servizi internazionali di trasporto ovvero di documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. Il Giudice delle leggi ha infatti ritenuto che il significativo inasprimento della cornice edittale ricollegato a tale ipotesi (pari al quintuplo della pena detentiva minima ed al triplo di quella massima prevista per la fattispecie base di cui all'art. 12, co. 1, t.u. immigrazione), sia contrario al principio di proporzionalità della pena ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

³³ Da ultimo sull'irragionevolezza di certi automatismi penitenziari nei confronti degli ergastolani cfr. Corte Cost. sent. n. 149 del 2018 e n. 229 del 2019; tale percorso argomentativo si sviluppa e completa con la sent. n. 253 del 2019, dove la Corte ha affermato nei confronti di condannati per associazione di stampo mafioso, l'incostituzionalità di preclusioni assolute dirette a vietare la possibilità di usufruire di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia; il percorso della Corte è culminato con l'ord. n. 97 del 2021, sulla disciplina dell'ergastolo ostativo, preclusivo della liberazione condizionale, per chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia; sul punto si veda nota 55.

funzione rieducativa su un piano globale, raggiunge così il suo apice con la storica sentenza n. 364 del 1988, dove il collegamento teleologico tra commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., ha portato la Corte ad una rilettura del principio di personalità, da intendersi come «*necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa*», richiedendo la punizione, l'accertamento di un reale contenuto di colpevolezza³⁴. L'irrogazione della pena, incidendo sulla massima libertà, deve scaturire solo dalla commissione «*di un fatto offensivo realmente dominabile e per ciò stesso voluto e rappresentato[...] o almeno rappresentabile[...] negli effettivi contenuti di disvalore sociale*»³⁵. Insomma, l'art. 27 Cost. così egregiamente interpretato, disvela un significato veramente innovativo, che domina l'intera materia penale, pretendendo dal destinatario una consapevole adesione alla legalità che, nel caso di trasgressione, si trasforma in assunzione consapevole di responsabilità verso l'illecito.

L'apprezzabile sforzo operato dalla Corte nel dare una lettura diversa delle disposizioni ordinarie vigenti, seppur encomiabile, si è risolto in una arbitraria forzatura della lettera della legge che, attraverso una interpretazione evolutiva, risulta in antitesi assoluta col codice del 1930, dove tra i criteri di imputazione soggettiva, ancora troneggia l'art. 42, co. 4, c.p. con il suo significato inequivoco: responsabilità oggettiva per chi opera in una condizione di illiceità. Certamente non sono mancati, in sede applicativa, tentativi lodevoli di ricondurre le tante ipotesi di responsabilità oggettiva ai principi di garanzia ben definiti ed imposti dal nostro sistema costituzionale³⁶, ma l'immutata formulazione legislativa non ha garantito applicazioni conformi al rispetto di esigenze di certezza. Tuttavia, a quasi ottant'anni dalla nascita della nostra Costituzione repubblicana, è inammissibile che non si sia seguita la strada della legge scritta, al fine di consentire un'applicazione conforme al rispetto di esigenze di certezza, strada peraltro già ben definita dalle numerose pronunce della Consulta, nonché dai vari Progetti di riforma di Codice, dove la responsabilità oggettiva scompare dai criteri di imputazione soggettiva, ri-

³⁴ La Corte cost., con sent. n. 313 del 1990, superando ogni ambiguità precedente, afferma che specie e durata della pena devono essere calibrate sia in sede normativa che applicativa, alle necessità rieducative del soggetto. In dottrina egregiamente: BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *N. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 53 ss.; PULITANO, voce *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 36 ss.

³⁵ FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 97.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009 n. 22676, sul reato di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p., norma di chiusura, la cui articolata e, allo stesso tempo, essenziale costruzione normativa, ha impegnato e coinvolto nello studio, gran parte della dottrina penalistica; norma dettata per il rafforzamento del sistema di tutela dei beni della vita umana e dell'incolumità fisica, la cui *ratio* risiede, proprio, nell'opportunità di una più rigorosa tutela in tema di delitti di sangue; le Sez. un., utilizzando le numerose pronunce della Corte costituzionale sulla responsabilità colpevole, hanno, qui, ribadito che la colpa dell'agente per l'evento ulteriore, debba intendersi come concreta prevedibilità dell'evento letale, richiedendo l'esistenza in concreto della colpa dell'imputato rispetto all'evento morte non voluto.

ducendosi questa agli unici titoli del dolo e della colpa. E non solo, in rapporto alle numerose ipotesi problematiche disseminate all'interno del codice, le soluzioni proposte nei vari progetti di riforma, seppur differenti, formalmente riconducono gli istituti ai principi generali dell'imputazione soggettiva³⁷. Probabilmente, seguendo il Progetto "Pisapia", una integrale eliminazione delle residue ipotesi di responsabilità oggettiva, sarebbe stata meglio riuscita, facendo venir meno qualsiasi dubbio interpretativo sul punto.

Come ribadito dalla succitata pronuncia della Corte cost. n. 364 del 1988, questo comporta che, insieme alla necessaria rimproverabilità soggettiva della violazione normativa, debba emergere «l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i valori della convivenza, espressi dalla norma penale». La pena per essere umana, come vuole l'art. 27, co. 3, Cost., deve consistere in un'azione risocializzante, che non può significare logoramento della funzione punitiva, bensì adozione di modalità di esecuzione mai desocializzanti. Il passaggio ulteriore indica la necessità che il fatto imputato al soggetto sia "integrale espressione della persona", al di là di ogni logica di mera deterrenza. Il binomio imputazione colposa-punizione, valorizza l'elemento della prevedibilità/prevenibilità, e quindi razionalizza, orientandola, la risposta sanzionatoria.

La via ermeneutica finora perseguita e le poche riforme di settore, non possono essere sufficienti a cambiare l'ossatura interna del codice Rocco e i suoi principi informatori che, seppur non sempre apprezzabili, costituiscono parti di un sistema assolutamente coerente e lineare, privo di contraddizioni, scritto con raffinatissima sapienza tecnica, che vuole esprimere rigore, assegnando alla pena una funzione repressivo-deterrente, legittimando anche casi di responsabilità oggettiva. Nel codice Rocco nulla è lasciato al caso, le regole non si sovrappongono/affastellano a quanto già è stato previsto nella realtà normativa, ma con quella si fondono/armonizzano, conservando sostanziale affinità. Insomma, bisogna riconoscerlo, quel Codice incorporava un sistema, e si traduceva in un complesso di concetti normativi organizzati

³⁷ È evidente che l'eliminazione delle ipotesi di delitto preterintenzionale, comune a tutti i Progetti di riforma, debba significare ricondurlo al concorso di reati tra il fatto-base doloso, sia esso consumato tentato, e l'ulteriore fatto più grave che sia imputabile a colpa dell'agente; esemplificando poi, per quanto riguarda le singole ipotesi di responsabilità oggettiva, con particolare riferimento all'*aberratio delicti*, il Progetto "Nordio" è l'unico a trattarlo esplicitamente all'art. 27, co. 1, affermando che «quando per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o per un'altra causa, l'agente realizza un fatto diverso da quello voluto, ne risponde, per colpa, se il fatto è previsto dalla legge come reato colposo»; sempre il Progetto "Nordio", sulla falsariga di quanto esposto all'art. 31 del Progetto "Grosso", all'art. 22 prevede «*Reati dolosi aggravati da una conseguenza non voluta*», e riporta l'ulteriore conseguenza non voluta dall'agente ad una ipotesi colposa, applicando le regole del concorso di reati, sempre che la conseguenza ulteriore non voluta sia prevista dalla legge come reato colposo; sia il progetto "Pagliaro" all'art. 29, che il Progetto "Grosso" all'art. 44, disciplinando l'agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto, attribuiscono soggettività autentica alla condotta del concorrente.

non per forza lodevoli, ma comunque chiari. Un esempio di quanto suesposto è rappresentato dall'art. 584 c.p., omicidio preterintenzionale, dove per l'imputazione dell'evento 'preterintenzionale' morte, sono (ancora sigh!) sufficienti atti diretti (preparatori? quindi leciti?) a realizzare i delitti di percosse o di lesioni personali, senza richiedere la prevedibilità dell'evento morte, contemplando una sanzione (reclusione da 10 a 18 anni), di molto superiore a quella dell'omicidio per colpa, che invece racchiude al suo interno la prevedibilità dell'evento (reclusione da sei a cinque anni).

Nell'ottica del codice Rocco il delitto preterintenzionale si fondava sulla regola dell'antica massima: *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*, e fuori da tale logica repressiva, che apparteneva all'intero ordinamento, l'omicidio preterintenzionale non avrebbe avuto alcun motivo di essere. Qualsiasi interpretazione che volesse scomporre tale figura in un delitto doloso di percosse o di lesioni ed in un delitto colposo di omicidio, risulterebbe irragionevole proprio sotto il profilo del trattamento sanzionatorio³⁸. Nessuna forma di forzatura o aggiustamento ermeneutico sarebbe in grado di mutare il criterio di imputazione di tale fattispecie che ravvisa, nella determinazione dolosa di un rischio illecito, un criterio di imputazione di gravità superiore alla colpa, in assoluto contrasto con i reali contenuti del principio di colpevolezza.

Il chiaro messaggio costituzionale, così ben delineato dalla Consulta, non sembra essere stato recepito dal nostro legislatore penale, che ha continuato ad agitare indisturbato l'arma della pena detentiva, unico effettivo deterrente contro il crimine, in sfregio al principio di *extrema ratio* proprio di una reale politica criminale, producendo, così, un forte indebolimento del principio di colpevolezza in termini di legalità/riconoscibilità.

In conclusione, bisogna prendere atto che non sono più sufficienti gli aggiustamenti, le interpretazioni costituzionalmente orientate, gli interventi settoriali, richiedendosi un decisivo cambiamento prima di tutto culturale che poi dovrà tradursi in giuridico. Punto di partenza e, allo stesso tempo, punto di arrivo, sarà il versante della sanzione che, al momento, non ha sortito alcuna evoluzione effettiva, mantenendo il codice ipotesi di responsabilità incolpevole e, rimanendo la risposta penale, sempre e solo incentrata sulla carcerazione. Qualsiasi sia il divieto che il precetto penale impone, la conseguenza necessaria verterà su un giudizio di responsabilità che si tradurrà

³⁸ Nonostante i tentativi intrapresi dalla dottrina e da parte della giurisprudenza, tesi ad interpretare l'art. 584 c.p. come dolo misto a colpa (cfr. Cass., Sez. I, 22 settembre 2006, n. 37385), recentemente la giurisprudenza è ritornata sui suoi passi affermando che, nell'omicidio preterintenzionale, l'elemento soggettivo è costituito, non già da dolo e responsabilità oggettiva né da dolo misto a colpa per quanto riguarda la conseguenza non voluta ma, unicamente, dal dolo di percosse lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato (Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 1691); la Cassazione cioè riconduce l'*iter* criminoso ad una sequenza unica, trovando conforto proprio nella struttura dell'art. 584 c.p. a dimostrazione che «il rischio di evento omogeneo più grave è insito nel danno o pericolo che si arreca alla persona fisica».

in una minaccia standard, il più delle volte illusoria, di pena detentiva, scissa dalla gravità del fatto, e, soprattutto, mancante di qualsiasi tipo di raccordo preventivo collegato al tipo di reato commesso.

4.4. Involuzioni normative e tentativi di riforma nell'ottica delle Commissioni di studio.

I vari tentativi di produrre un nuovo sistema penale unitario che esprima, in coerenza con i principi fondamentali, lo stigma della durata, si sono risolti in una serie di insuccessi. Segno, tutto ciò, di una forte crisi della politica che, nei vari cambi di governo ha, da un lato, semplificato ciò che non è semplificabile, e dall'altro, impresso all'impianto normativo, il sigillo del giustizialismo più bieco, cancellando per esempio il diritto dell'imputato a vedersi giudicato in tempi ragionevoli, attraverso la "sospensione", meglio interruzione, senza limiti della prescrizione dopo la sentenza di primo Grado (L. n. 3 del 2019 voluta dall'allora Ministro di giustizia Alfonso Bonafede).

In via incidentale, bisogna dare atto che, ad un tale obbrobrio giuridico, ha posto fine la L. delega n. 134 del 2021³⁹ che, operando un compromesso politico, attraverso l'art. 2, co. 1 (entrato in vigore il 19 ottobre 2021), nel confermare che il corso della prescrizione del reato (sostanziale) cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado (art. 161-bis c.p.), abroga l'art. 159, co. 2, c.p. nella versione Bonafede, affermando che la prescrizione (processuale?) riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione.

Sul punto, non può non citarsi il progetto di legge (in parte ripreso dalla L. n. 103 del 2017), elaborato dalla Commissione ministeriale, costituita nel 2012 ad opera del Ministro Paola Severino, presieduta dal Prof. Antonio Fiorella, che, apportando una revisione sistematica agli effetti distorsivi della novella operata dalla L. n. 251 del 2005 ("ex Cirielli"), ha ricercato una soluzione rispettosa della tradizione, non abbandonando, almeno nelle sue linee fondamentali, la logica della prescrizione (sostanziale) del reato, senza perdere di vista i tempi processuali, in particolare modulando la disciplina delle cause di sospensione e di interruzione in modo da assicurare alla giurisdizione tempi sufficienti⁴⁰.

³⁹ Il riferimento è alla legge di delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei processi giudiziari, approvata dal Parlamento su iniziativa dell'allora Ministro di Giustizia Marta Cartabia; si assiste qui, ad una «processualizzazione dell'istituto, dal momento che, salvo i casi in cui il reato si sia risolto in primo grado, l'esito finale è che si è introdotta la subordinazione della prescrizione sostanziale alla improcedibilità finale», producendosi problematiche anche sotto il profilo intertemporale: così, DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo cultura della discrezionalità*, in *Politica del diritto*, 2021, 4, 597.

⁴⁰ Cfr. la Relazione elaborata dalla Commissione "Fiorella" del 23 aprile 2013 (Gruppo di studio per elaborare una proposta di revisione complessiva delle norme in tema di prescrizione, consul-

L'importante opera svolta in sede di Commissioni di studio, non è stata utilizzata doverosamente dalle forze politiche succedutesi al Governo, precludendosi così qualsiasi forma di dialogo costruttivo con chi quei lavori aveva faticosamente elaborato⁴¹. Si è preferito indulgere su un sistema di pene carcerocentrico, il cui effetto mediatico ha «trasforma[to] la giustizia penale in fenomeno sociale; una giustizia sociale quindi, di facile impatto, che aspira al consenso e prevale sul criterio normativo di legalità, lasciando così fuori problemi che torneranno a ripresentarsi con maggiore vigore»⁴².

Brevemente, i più significativi interventi legislativi che, seppur settoriali, si orientano nell'ottica delle Commissioni di studio, si sono soffermati soprattutto sulla via della depenalizzazione, privilegiando principalmente l'obiettivo deflattivo, attraverso un confronto con l'endemica lentezza della macchina giudiziaria. Gli interventi in questione, hanno condotto alla creazione di innovativi binari sanzionatori che si sono affiancati a quello penale/criminale: l'illecito amministrativo depenalizzato (L. n. 689 del 1981), e gli illeciti punitivi

tabile sul sito www.giustizia.it); si sostiene, un'ottica riformatrice, monistica, che la prescrizione sia funzionale anche alla tutela della ragionevole durata del processo e che continuando ad avere senso anche durante l'iter processuale «l'idea che man mano che ci si allontana dalla commissione del reato, sempre meno si giustifica la pena». Tale progetto rivisto poi in alcune sue parti dalla "Legge Orlando", è naufragato con la L. n. 3 del 2019. Per una impostazione sostanziale della prescrizione, PULITANO, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in www.sistemapenale.it, 19 luglio 2021; ci sia consentito il rinvio a DINACCI, *Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, n. 1-2, 145 ss.

⁴¹ Il riferimento, oltre ai già citati Progetti di riforma del codice, è al succitato Progetto elaborato dalla Commissione diretta dal Prof. A. Fiorella, per la revisione del sistema penale, che ha dato luogo ad una organica e significativa depenalizzazione sia in astratto che in concreto, escludendo dalla materia penale figure desuete e non più conformi ai principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale, così mostrando la volontà di dare inizio ad una effettiva politica di decarcerizzazione, introducendo nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova. Per quanto riguarda poi, la depenalizzazione in concreto il Progetto prevedeva una estensione della punibilità a querela, l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, l'estensione dell'oblazione anche per i delitti, l'estinzione del reato a seguito del compimento di condotte riparatorie e all'adempimento di prescrizioni. Nella stessa ottica della depenalizzazione, la Riforma "Orlando" (L. n. 103 del 2017), conteneva una delega al Governo per una estensione della procedibilità a querela per alcuni reati contro la persona e il patrimonio. Sempre nell'ottica di ridimensionare l'area della coercizione e ripristinare condizioni di maggiore efficienza processuale, in un'ottica di semplificazione e deflazione delle procedure, tenendo peraltro conto dei lavori svolti dalle altre Commissioni ministeriali, occorre citare la Commissione, presieduta dal Dott. Canzio, costituita con d.m. 10 giugno 2013, al fine di «elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale», per meglio attuare la ragionevole durata del processo, in sintonia con i principi sanciti dal giusto processo nell'art. 111 Cost. Sempre nell'ottica di un alleggerimento della materia penale, si vedano i lavori elaborati dalla Commissione di studio, istituita dalla Ministra Cartabia con d.m. 16 marzo 2021, presieduta dal Presidente emerito della Corte Costituzionale Giorgio Lattanzi, per elaborare proposte di riforma in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al d.d.l. 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 (consultabile sul sito www.giustizia.it).

⁴² Così PULITANO, *Il penale tra teoria e politica*, in www.sistemapenale.it, 9 novembre 2020.

civili (Legge delega n. 67 del 2014, con i collegati d.lgs. n. 7 e n. 8 del 2016). Tali ultimi provvedimenti, orientati verso una depenalizzazione in astratto, pur riducendo le proposte elaborate dalla Commissione “Fiorella” (2013), hanno seguito due direzioni.

La prima indirizzata verso una collaudata depenalizzazione, attuata attraverso la trasformazione di reati in illeciti amministrativi; la seconda mediante l'introduzione di un elemento di assoluta novità, cioè, la categoria delle sanzioni civili, dall'indubbia matrice punitiva, che ripropone interrogativi sul ruolo degli strumenti di tutela civilistica nella prospettiva di una contrazione dell'area penale. Interrogativi che evidenziano la difficoltà a muoversi sulla linea di confine tra diritto civile e diritto penale attraverso il confronto sulla “pena privata”⁴³.

Sempre nell'ottica della depenalizzazione in astratto il d.lgs. n. 28 del 2015, introducendo all'art. 131-*bis* c.p., l'istituto della “particolare tenuità del fatto”, ha recepito quanto già proposto nella Commissione “Fiorella” (2013), con l'obiettivo di affidare al giudice il compito di selezionare, all'interno del tipo astratto, quelle sottostanti fattispecie che, in concreto, non avrebbero meritato la celebrazione del processo e l'applicazione della sanzione penale. Il riferimento, pur nella fretteolosità dell'intervento legislativo, è alla commisurazione, e cioè, alla risposta giudiziaria in relazione al fatto concreto.

L'istituto, formalmente rispondente al principio di offensività, riflette un sistema giustizia che mira ad una sicura decongestione processuale, orientata nella direzione della ragionevole durata del processo. Esso si collega, infatti, al concreto tipo di delitto posto in essere, che sarà oggetto, poi, della valutazione discrezionale del giudice. Non vi è dubbio che con l'art. 131-*bis* c.p., il legislatore abbia voluto introdurre un elemento di forte discrezionalità giudiziale che, seppur correlato al criterio di esiguità dell'offesa raggiunta nello specifico caso, offre al magistrato la facoltà di valutare la “quantità” offensiva oltre la fattispecie astratta e, quindi, ritenerla non meritevole di pena⁴⁴. Causa di non punibilità, quindi, la cui applicabilità è piuttosto estesa riguardando reati puniti, nel massimo, con la pena detentiva di cinque anni.

⁴³ Cfr. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15 gennaio 2016*, in www.la legislazione penale.eu, 29 luglio 2016.

⁴⁴ L'istituto, presente nel Progetto elaborato dalla Commissione “Grosso” all'art. 74, legava il giudizio alla minima entità del danno o del pericolo alla minima colpevolezza dell'agente, oltre che all'occasionalità del comportamento e all'assenza di pretese risarcitorie, nonché di esigenze di «prevenzione generale e speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato»; l'articolato della Commissione Pisapia, nella definizione dei principi di delega, mostrando una particolare attenzione al sistema sanzionatorio, si riferisce ai requisiti della tenuità dell'offesa e dell'occasionalità del comportamento; la Relazione richiede una più precisa definizione dei caratteri dell'istituto, nel senso che «il fatto non è punibile qualora si è ritenuto irrilevante; la valutazione della sua irrilevanza deve essere motivata in base alla sua novità, o alla minima entità del danno, o alla natura, alla specie, all'oggetto, al tempo, al luogo o ad altre modalità dell'azione» (§ VI Relazione). I lavori della Commissione “Palazzo”, per elaborare proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla Legge delega 28 aprile

Nonostante i buoni motivi posti a fondamento dell’emanazione dell’istituto, fondamentalmente orientati ad evitare il cedimento del sistema, non sono mancate, anche in questo caso, in sede politica veemenze repressive, ancorate ad una distorta visione di certezza della pena, culminate nella presentazione di una proposta abrogativa ad iniziativa del deputato Cirielli, fondata su argomentazioni che fanno riferimento ad una «vera e propria concessione a delinquere ‘tenuamente’», la cui finalità è solo quella di «alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari» facendo così venir meno «perfino [la finalità] di rieducazione»⁴⁵. Sul punto, nonostante la chiara pronuncia della Consulta, che ha voluto riaffermare e valorizzare ulteriormente la centralità del giudice, quale effettivo interprete del caso concreto⁴⁶, hanno fatto seguito una serie di interventi normativi diretti a salvaguardare e, quindi, a ridurre lo spazio operativo dell’istituto⁴⁷.

Ancora una volta si è registrato un andamento altalenante della nostra legislazione penale, in assenza di effettive scelte politico criminali, che seguita a produrre ulteriore confusione nella materia e nell’opinione pubblica, che su quella dovrebbe fondare la propria fiducia. La vera novità inserita nel codice penale e meritevole di attenzione è l’introduzione dell’istituto della messa alla prova dell’imputato, mediante sospensione del procedimento inserito dalla L. n. 67 del 2014 (art. 168-*bis* c.p. e seguenti, c.d. “*probation* giudiziale” per l’adulto); in questo caso l’imputato svolge attività riparative, volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché, attività di risarcimento del danno dallo stesso cagionato e, ove possibile, attività di mediazione con la vittima.

2014, n. 67, in materia di pene detentive non carcerarie di depenalizzazione (istituita con d.m. 27 maggio 2014, i cui lavori sono consultabili sul sito www.giustizia.it), aderiscono all’approccio oggettivistico richiesto dalla delega, meglio precisando i criteri di calcolo del limite della pena e gli indici di tenuità dell’offesa con riferimento alle modalità della condotta ed all’esiguità del danno o del pericolo da valutare ai sensi del co. 1 dell’art 133 c.p., lasciando invece alla discrezionalità del giudice la definizione di comportamento non abituale.

⁴⁵ Proposta di legge A.C. 2024, di iniziativa del Deputato E. Cirielli; si afferma nella relazione alla proposta, che l’istituto, «rappresenta all’interno di un assetto normativo già colmo di istituti lassisti favorevoli ai rei [...] pericolosi meccanismi di disattivazione dell’effettività della pena».

⁴⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 156 del 2020, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 131-*bis* c.p. nella parte in cui esso non trova applicazione avuto riguardo all’ipotesi attenuata di ricettazione di particolare tenuità (art. 648, co. 2, c.p.).

⁴⁷ Cfr. d.l. 14 giugno 2019, n. 53, ridimensionato nella portata dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, a seguito della lettera del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, dell’8 agosto 2019, ai Presidenti della Camera e del Senato e al Presidente del Consiglio dei Ministri, dove si segnalava il rischio di un eccessivo ampliamento delle ipotesi sottratte alla operatività dell’istituto in esame; con la modifica il legislatore ha attuato restrizioni già sul piano astratto alla particolare tenuità del fatto con riferimento ai reati puniti con la pena nel massimo superiore a due anni e sei mesi di reclusione, che siano commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, nonché qualora siano integrate le ipotesi di violenza, resistenza od oltraggio a pubblico ufficiale, se commessi nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, di un ufficiale agente di polizia giudiziaria nell’esercizio delle proprie funzioni ovvero ancora di un magistrato in udienza.

È evidente il significato innovativo contenuto all'interno di questo istituto che, oltre ad evitare il più possibile il sacrificio per la libertà personale, intende effettivamente promuovere un reinserimento nella vita sociale del soggetto. Tutto ciò si evince dal fatto che è proprio l'interessato a chiedere formalmente di eseguire un programma di trattamento, elemento questo indispensabile per accedere alla messa alla prova, predisposto in base alle specifiche caratteristiche della persona imputata, e che consiste nello svolgimento gratuito di un lavoro di pubblica utilità, il cui esito positivo dà luogo all'estinzione del reato. Ovviamente l'istituto potrà essere perfezionato attraverso, anche, l'ampliamento degli spazi per la giustizia riparativa, costituendo la mediazione tra autore e vittima, uno dei contenuti obbligatori della messa alla prova, prevista all'art. 1, co. 22, della "Legge Cartabia".

Merita sicuro plauso l'introduzione dell'effetto estintivo delle condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), quali cause di estinzione per i reati perseguibili a querela remissibile, presupponendo la riparazione integrale del danno da reato e l'eliminazione delle sue conseguenze dannose o pericolose entro termini massimi. Inoltre è stata estesa la procedibilità a querela, per numerosi reati contro la persona e il patrimonio, producendosi certamente una più effettiva fuoriuscita dell'imputato dal circuito penale, prospettandogli un significativo regresso dal circuito punitivo (d.lgs. n. 36 del 2018). Riforme queste, certamente apprezzabili, ma non ancora indicative di un reale cambiamento tale da consentire una effettiva modernizzazione, cioè un affrancamento da quella idea di diritto penale arcaico, fondata sulla minaccia di sofferenze, come reazione al delitto e come strategia suggestiva per l'ordine della società.

Il mancato superamento di una tale impostazione è confermato da una serie di provvedimenti legislativi, il cui *leitmotiv* consiste nel potenziamento delle pene detentive: la L. n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti"), oltre ad eliminare dal nostro ordinamento l'istituto della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, ha inasprito irrazionalmente il trattamento sanzionatorio per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, inserendoli, senza alcuna coerenza sistematica, tra i reati di prima fascia ostativi alla concessione dei benefici di cui all'art.4-bis, co. 1, lett. e), ord. pen., parificando così irragionevolmente la posizione del condannato all'ergastolo con quella di chi non è punito con tale pena. Ancora, la L. n. 36 del 2019, ha aumentato le pene per una serie di reati contro il patrimonio; la L. n. 43 del 2019, modificando l'art. 416-ter c.p., ne ha aumentato le pene, parificandole, anche qui, irragionevolmente a quelle del partecipe al reato associativo di stampo mafioso e, conseguenzialmente, ha esteso le preclusioni dei permessi premio anche a questa ipotesi; la L. n. 77 del 2019, fra le tante novità, registra aumenti di pena per alcuni reati dei privati contro la pubblica amministrazione. Provvedimenti, questi, che denotano una forte invasività del diritto penale nella vita collettiva e che, al di là della discutibile coerenza sistematica con quanto già previsto, evocano un sicuro autoritarismo che, a sua volta, non può non generare ribellione. Ancora una volta si conferma la volontà politica, a voler

riconoscere, nel carattere monolitico dell'apparato punitivo detentivo, l'unica risposta al reato.

Si assiste ad interventi contraddittori e settoriali, tesi a contemperare, nell'immediatezza, esigenze deflattive, come effetto tampone (si pensi al c.d. provvedimento "svuotacarceri", d.l. n. 146 del 2013, convertito in L. n. 10 del 2014), lasciando inalterata la realtà carceraria e la sua, ancora una volta, riconfermata centralità. Com'è noto la sentenza Torreggiani della Corte EDU, condannando l'Italia per l'inumana situazione carceraria, conferma che nessuna modifica, realmente significativa, è intervenuta a migliorare gli istituti carcerari, e che il carcere continua a rappresentare il protagonista indiscusso del sistema sanzionatorio. La stessa Riforma "Orlando", pur mostrando forte sensibilità verso una revisione profonda del sistema, ha comunque previsto una serie di aumenti di pena per varie fattispecie incriminatrici. L'apparato sanzionatorio, così descritto, appare fragile e inconsistente e, soprattutto, non sembra esercitare alcuna efficacia, da un lato minacciando pene detentive draconiane, a cui poi seguirà, e qui con certezza, l'applicazione di pene diverse/miti, il più delle volte sospese; dall'altro si assiste ad una esecuzione che rivede automaticamente la condanna, e utilizza misure sospensive, pene alternative, prive di reale contenuto risocializzante.

Ancora, con riferimento alla legislazione emergenziale in materia di contrasto al fenomeno della criminalità mafiosa (dal 1991 in poi), non può non stigmatizzarsi l'estensione del regime penitenziario ostativo ad una serie variegata ed eterogenea di reati, assimilandosi così fatti ontologicamente diversi e non sempre compatibili con la salvifica collaborazione, oltre che col principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*.

Insomma, si è vanificato anche quanto di buono era stato prodotto dal nuovo legislatore, e cioè, i motivi ispiratori della riforma penitenziaria che, almeno nella fase iniziale, erano diretti al promovimento ed alla partecipazione attiva del condannato verso l'integrazione sociale.

A fronte di un disordine normativo così evidente, si continua a ricorrere ad interventi legislativi di carattere contingente, dettati dall'emotività del momento, che vanno comunque ad innestarsi su un sistema penale vecchio, fondato sul monopolio assoluto della pena detentiva, riscoperta/vivificata anche nell'esecuzione, e manipolata al punto da non riuscire più ad esprimere alcuna efficacia di tipo preventivo in termini di ragionevolezza del sistema. Eppure, sul punto, sarebbe possibile beneficiare dell'impegno prodigato da studiosi ed operatori del diritto nei diversi Progetti di riforma di codice e nelle varie Commissioni di studio, nominate e, quindi, volute dal potere politico, i cui risultati si sono caratterizzati tutti per la previsione di pene meno afflittive, soprattutto caratterizzate da effettività.

Il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena ha costituito il faro e la guida di tutte le Commissioni, promuovendo una tendenza alla parcellizzazione, caratterizzata da notevole flessibilità del modello sanzionatorio, dove la reclusione diventa veramente *extrema ratio*, nel senso che deve essere utilizzata soltanto quando appare assolutamente necessaria in

relazione alla gravità, ma anche funzionale al tipo di reato ed alla pericolosità del delinquente. Quindi, una gamma diversificata di pene principali, consente di tenere conto sin dall'inizio di esigenze preventive differenti che, nel momento attuale, risultano quanto mai variegata in quanto collegate al tipo di illecito e alla peculiarità dell'autore, creando un formidabile raccordo con quella che sarà la fase esecutiva.

Sotto il profilo special-preventivo poi, l'introduzione di pene non detentive, è l'unica modalità attuativa, sostanziale, del dettato costituzionale⁴⁸, che vuole, come ulteriore elemento della pena, un'afflittività orientata all'integrazione sociale del condannato e mai alla sua neutralizzazione. Non vi è dubbio, che l'anticipazione della flessibilità della risposta sanzionatoria già attraverso la previsione edittale, bilancia il rapporto tra prevenzione generale e istanze di prevenzione speciale, indicando una specificità delle conseguenze afflittive, nel rispetto del principio di proporzione, adeguando la pena alle caratteristiche del caso concreto, in conformità alla colpevolezza dell'agente⁴⁹. Insomma, i lavori delle Commissioni, recependo l'articolato disegno costituzionale in punto di pena, parrebbero aver compreso la fragilità ed inconsistenza ma, soprattutto, l'insufficienza della sola pena carceraria, ancora dominante nella visione del codice del '30, in evidente contrasto con l'idea personalistica-solidaristica che pervade l'intera Carta costituzionale.

⁴⁸ Cfr. PELISSERO, *Politica, consenso sociale dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 23 ss.

⁴⁹ Tutte le varie Commissioni di riforma, seppur con intensità diverse, hanno sviluppato i lavori seguendo la direzione di una revisione organica del sistema sanzionatorio introducendo pene interdittive che, oltre al contenimento dell'ingestibile sovraffollamento carcerario, consentono un intervento mirato su presupposti relativi ad un certo tipo di reato senza produrre quell'effetto desocializzante tipico della pena detentiva, prescrittive, pecuniarie/ablative. L'idea di fondo è consistita nell'abbandono del sistema penale carcerocentrico, culminata nei Progetti "Nordio" e "Pisapia" che, pur con soluzioni significativamente diverse, hanno previsto l'utilizzazione, già sul terreno della previsione delle pene principali, di pene alternative al carcere; il Progetto "Nordio" adotta un modello sanzionatorio caratterizzato da elevata flessibilità, anticipata al momento del giudizio, attraverso l'introduzione di un cospicuo numero di sanzioni prescrittive, interdittive, ablative, mirate sul reo, «in modo che la connessione tra reato e pena potesse essere resa trasparente già attraverso la previsione edittale della conversione della reclusione in altra pena, indicativa della specificità della conseguenza afflittiva che sia spiegabile con istanze precise di prevenzione speciale». Il Progetto "Pisapia", proseguendo il *leitmotiv* precedente, propone un sistema sanzionatorio che consenta effettivamente nel concreto il ricorso alla pena detentiva in termini di *extrema ratio*, prevedendo l'introduzione di pene non detentive dirette a favorire l'integrazione sociale del condannato. È necessario ricordare che i Progetti "Riz", "Grosso" e "Pisapia" eliminano la pena dell'ergastolo mentre i Progetti "Pagliaro" e "Nordio", la mantengono riducendola a pochissimi casi di reati eccezionalmente gravi; nella stessa direttiva si pone lo *Schema per la redazione dei principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale* (dicembre 2013), ad opera della commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 presieduta dal Prof. Palazzo (consultabile sul sito www.giustizia.it). In tal senso si veda la Relazione finale della Commissione "Lattanzi", con particolare riferimento al punto 4) (*Proposte in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*).

Bisogna dare atto dell'avvio di un disegno di legge da parte dell'allora Ministro Prof.ssa Paola Severino, che aveva previsto come novità assoluta, la detenzione domiciliare quale pena edittale autonoma. Il Parlamento poi, approvò una articolata L. n. 67 del 2014, contenente anche la delega per l'introduzione appunto della detenzione domiciliare.

Nel frattempo, il Ministro di Giustizia Annamaria Cancellieri, nominando la Commissione di studio presieduta dal Prof. Francesco Palazzo per un'ampia revisione del sistema sanzionatorio, ne ampliava il mandato anche ad attuare la delega sulla nuova specie sanzionatoria, comprensiva di prescrizioni che valorizzassero la funzione di prevenzione speciale in essa contenuta. È quanto poi la Commissione "Palazzo" ha previsto in ambito detentivo, attraverso nuove tipologie di pene, denominate detenzione e arresto domiciliari, la cui modernità consiste proprio nel riconoscere a tali sanzioni totale autonomia rispetto alle corrispondenti pene carcerarie; e non solo, la Commissione si è spinta fino a negare la conversione, a fronte della concreta impossibilità di disporre di luoghi di abitazione. Di qui, un sistema punitivo meno pesante ma "certo", e maggiormente efficace sul piano della prevenzione generale, attento, quindi, ai profili di prevenzione speciale.

Commissioni queste che, prorogate nella durata, hanno prodotto risultati costruttivi, accolti però, ad intermittenza, da una politica distratta, che prestando attenzione solo ad alcuni di quei punti, ne ha trasformato/neutralizzato il senso e la *ratio*.

Si assiste, così, alla interruzione della proficua collaborazione tra politica criminale e comunità scientifica che, col tempo, ha preferito arroccarsi in un "iperurario culturale", valido contenutisticamente, ma perdente a fronte della comunicazione diretta ed efficace del populismo penale.

È evidente che le riforme nel penale pretendono la riconduzione della materia ad effettiva *extrema ratio*, e presuppongono la necessaria realizzazione di una corretta politica sociale in grado di ridurre l'oggetto della politica criminale. Questo però implica costi, tempo, competenza, cultura e informazione, facilmente eludibili attraverso l'enfasi illusoria della minaccia di pena detentiva. L'ultima riprova ci arriva dall'attuale Governo che, nonostante si sia posto agli antipodi con chi lo ha preceduto, continua a predicare quel "comune" eccesso punitivo tradotto poi in populismo penale. Il d.l. n. 162 del 2022 sui "*rave party*", nella sua originaria formulazione⁵⁰, esprime un chiaro

⁵⁰ L'art. 5 del d.l. del 31 ottobre 2022 n. 162, rubricato "*Norme in materia di occupazioni abusive e organizzazione dei raduni illegali*", introduceva, tra i delitti contro l'incolumità pubblica, l'art. 434-bis c.p. «*L'invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica*», prevedendo l'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, commessa da un numero di persone superiore a 50, allo scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso può derivare un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica; la pena per chi organizza o promuove l'invasione è della reclusione da tre a sei anni e della multa da Euro 1000 a Euro 10.000; per il solo fatto di partecipare all'invasione la pena è diminuita. L'esecutivo, a seguito delle polemiche divampate, ha scritto

esempio di “democrazia massmediatica”⁵¹ in materia penale. Non sono più i requisiti di “straordinaria necessità ed urgenza” a guidare l’azione governativa in materia penale, bensì il messaggio televisivo o notizia di cronaca, che, fondando un valore aggiuntivo-supplementare, danno l’occasione per assecondare i malumori dell’opinione pubblica con aspettative repressive.

Tralasciando i vari difetti tecnici della originaria formulazione, non può non stigmatizzarsi il forte valore simbolico che quella norma conteneva, alla luce anche del fatto che il Codice del 1930, già aveva previsto, all’interno dei delitti contro il patrimonio immobiliare, l’art. 633 c.p. (“*Invasione di terreni o edifici*”), punendolo con sanzioni più lievi di quelle previste dall’attuale formulazione; è opera infatti, del primo “decreto sicurezza Salvini” (d.l. n. 113 del 2018, convertito in L. n. 132 del 2018), l’inasprimento delle pene nell’ipotesi di cui al primo comma dell’art. 633 c.p. Dunque, l’invasione di terreni o edifici commessa da più di cinque persone, risultava già punita, anche con sanzioni considerevolmente più severe di quelle originariamente previste dallo stesso codice Rocco. L’art. 633 c.p., utilizzato negli anni ’70 anche per sedare le occupazioni nelle università, ben avrebbe potuto essere utilizzato per ricomprendere situazioni relative ai *rave party*, salvo poi intervenire con specifiche norme anch’esse esistenti, sui singoli fatti di reato che, probabilmente, in quel contesto si sarebbero verificati, per es. in materia di sostanze stupefacenti o abuso di alcolici⁵². Ci si è trovati, insomma, di fronte all’ennesimo, ultero-

un emendamento alla tanto discussa norma, lasciando invariata la pena e cambiando la sede dell’articolo che dal 434-*bis* c.p. è stato spostato all’art. 633-*bis* c.p., nell’ambito dei delitti contro il patrimonio; il testo approvato dal Senato, convertito in L. n. 199 del 2022, ha eliminato dal reato il riferimento al numero delle persone e si rivolge a “chiunque organizza o promuove l’invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici e privati, al fine di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento [punendolo] con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da euro 1.000 a euro 10.000, quando dall’invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l’incolumità pubblica a causa dell’inosservanza delle norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero dello stato dei luoghi”; si tenta, in tal modo, di proiettare il nuovo testo su situazioni più precise, maggiormente definite, collegandolo alla effettiva violazione di norme in materia di sicurezza e igiene e a quelle sull’abuso di sostanze stupefacenti.

⁵¹ È stata definita, a ragione, democrazia penale reale, quella dei *mass media* e del populismo legislativo e giudiziario, che utilizzano «un metodo di fare legislazione e pubblicità delle norme contrario ad ogni tecnica legislativa seria, condannando così il paese a non avere mai una riforma organica di fondo in materia penale»; e ancora «Le leggi penali sono vicine alle leggi costituzionali, perché mettono a rischio la libertà e dovrebbero per questo tutelare davvero, e non semplicemente compromettere, i diritti fondamentali», così DONINI, *Nuovi reati dettati dai media: è questo il primato della politica*, in *il Riformista*, 6 novembre 2022.

⁵² Nella formulazione originaria l’art. 434-*bis* c.p. conteneva una pena più severa rispetto all’art. 633 c.p., mancando però una differenziazione in termini di disvalore, assumendo quindi l’aumento sanzionatorio un riferimento squisitamente psichico, che si sarebbe tradotto in una generica appartenenza al gruppo; si ricorda come la Corte Cost. con le sent. n. 249 e n. 250 del 2010, ha dichiarato l’illegittimità dell’aggravante di clandestinità (art. 61, n. 11-*bis*, c.p.), introdotta con il primo pacchetto sicurezza del 2008 dal Governo, in quanto in contrasto con gli articoli 3, co.1, e

neo intervento governativo, caratterizzato da grande effetto mediatico e, da arbitrari aumenti di pena, che hanno sfidato, superandolo, anche il codice Rocco. A fronte delle reiterate critiche e polemiche sul punto, la Legge di conversione n. 199 del 2022, ha di molto ridimensionato e reso certamente più ragionevole (ma davvero necessario?), il testo della norma.

Il momento attuale continua ad evidenziare una politica che legifera (ci sia consentito), in maniera scriteriata, a volte creando tipi d'autore, presunzioni di pericolosità, inasprimenti sanzionatori scissi da qualsiasi collegamento con la gravità del fatto. L'approccio populista/securitario, produttivo di stigma sociale e, quindi, di sicuro consenso almeno nel breve termine, sembrerebbe consentire una legittimazione alla politica a scrivere di penale, oltre qualsiasi competenza e senza minimamente coordinarsi o almeno confrontarsi con i c.d. "esperti" della materia; tutto ciò ovviamente, al di fuori di qualsiasi rispetto e in violazione dei diritti fondamentali così ben chiaramente enunciati dai nostri Padri costituenti.

L'opera della Corte Costituzionale (supplenza), sicuramente encomiabile, sollecitata da esigenze sistemiche sempre più pressanti e dovute alla ritardata attuazione dei precetti costituzionali da parte del legislatore, supplisce ad una omissione legislativa ma, ormai, si traduce in una reinterpretazione dei testi legislativi, per desumere da essi significati costituzionalmente compatibili ad orientare l'interprete. Una sorta cioè di "bonifica" della legislazione esistente indotta da *horror vacui*. Una manipolazione del testo legislativo che finisce per surrogare la Corte Costituzionale all'organo parlamentare nelle scelte che solo a quello dovrebbero competere⁵³.

La preoccupazione che, le sentenze additive, incorporino spazi di discrezionalità riservati al legislatore in punto di scelte di politica criminale, è evidente a tutti e, soprattutto, alla stessa Corte che, ultimamente, tende a limitare l'adozione di tali pronunce proprio ribadendo il rispetto della discrezionalità legislativa. Lo ha fatto in tema di aiuto al suicidio⁵⁴, nonché in ma-

25, co. 2, Cost., ribadendo così, la illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali ed introduttivi, quindi, di una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio costituzionale di offensività.

⁵³ Sostiene la Corte cost., con ord. n. 380 del 2006, che «*Le pronunce additive [...] sono consentite solamente quando la questione si presenti a rime obbligate, cioè quando la soluzione sia logicamente necessitata ed implicita nello stesso contesto normativo*».

⁵⁴ Cfr. Corte cost. ord. n. 207 del 2018, dove pur riconoscendo, ma non dichiarando, la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., ha inteso rivisitare il proprio ruolo nei rapporti con il legislatore impostando un dialogo, rivelatosi poi infruttuoso, con il Parlamento, invitato, nel rispetto della sua discrezionalità (al cospetto di materie eticamente sensibili), a intervenire in ossequio alle modalità suggerite dalla stessa Corte, per colmare il ravvisato *vulnus* costituzionale; con sent. n. 242 del 2019, la Corte costituzionale, preso atto dell'inerzia legislativa, dichiara l'illegittimità dell'art. 580 c.p., per violazione degli articoli 2, 13 e 32, co. 2, Cost. Sempre nell'ottica di una pronuncia-monito, cfr. Corte cost. sent. n. 132 del 2020, anche qui, si rinvia di un anno la trattazione delle questioni relative al profilo sanzionatorio in tema di diffamazione a mezzo stampa, per dar modo al Parlamento «*in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni*», di porre mano a una rimodulazione dell'apparato punitivo, così

teria di ergastolo ostativo⁵⁵, sollecitando, con scarsi risultati, l'intervento del legislatore, unico al quale compete una complessiva e ponderata disciplina della materia.

Insomma, il codice attuale, al di là dell'etichetta, poco conserva del vecchio codice Rocco; ha perso quell'impronta rigoristica, nonostante il simbolico e monolitico arsenale sanzionatorio che continua a sfoggiare; conserva l'ascendenza illiberale originaria, degenerata/snaturata dai pessimi e continui interventi legislativi orientati solo sul momento punitivo (al di fuori di qualsiasi razionalità) e non sul crimine; mantiene una fittizia "passione del punire", che si smaterializza nel satellite del processo esecutivo, nonché nei riti alternativi; è afflitto da una enorme quantità di norme incriminatrici, spesso contravvenzionali, il più delle volte contenute al di fuori di esso, approvate con formulazioni vaghe ed indeterminate, di difficile interpretazione ma di sicura investigazione. Le numerose pronunce della Corte costituzionale

da renderlo compatibile con i principi costituzionali e sovranazionali; la Corte, a fronte dell'inerzia legislativa, con sent. n. 150 del 2021, ha affermato l'illegittimità della pena cumulativa (detentiva e pecuniaria) per reprimere i fatti di diffamazione, chiarendo entro quali limiti è invece legittima la previsione della pena alternativa.

⁵⁵ Con ord. n. 97 del 2021, la Corte costituzionale, non entrando nel merito della questione, dispose un rinvio della trattazione in tema di ergastolo ostativo, all'udienza pubblica del maggio 2022, «dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia»; rinviava, quindi, la trattazione in ordine alla questione di legittimità costituzionale degli artt.4-bis, co.1, e 58-ter, L. n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni in L. n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale. Ampia parte dell'ordinanza, è dedicata a dimostrare come il carattere assoluto di tale presunzione, impedendo alla magistratura di sorveglianza di valutare il percorso carcerario del condannato, dopo il lungo tempo di espiazione della pena richiesto ai fini della liberazione condizionale, si ponga in contrasto con la funzione rieducativa della pena ai sensi dell'art.27, co. 3, Cost.; sempre ad avviso della Corte sarebbe anche incongruo equiparare, quanto alle condizioni di accesso alla liberazione condizionale, il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata che non abbia collaborato con la giustizia e il condannato collaborante; di qui la conclusione a cui approda l'ordinanza: «*appartiene alla discrezionalità legislativa e non già a questa Corte decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere tra la condizione dell'uno e dell'altro ergastolano*», richiamando qui anche la sentenza della Corte EDU *Violac. Italia* dove si afferma che la disciplina dell'ergastolo ostativo pone «*un problema strutturale tale da richiedere che lo Stato italiano la modifichi di preferenza per iniziativa legislativa*». In seguito al d.l. n. 162 del 2022 con cui il governo ha introdotto un nuovo regime di ostatività, la Corte costituzionale, con ord. n. 227 del 2022, ha preso atto della modifica normativa ed ha rinviato gli atti per un nuovo esame della questione di costituzionalità alla Corte di Cassazione, giudice rimettente. Occorre ricordare che da tempo la Consulta, in sintonia con la Cedu, ha sostanzialmente bocciato gli automatismi che escludono a priori alcuni condannati dai benefici carcerari, espressione questi del principio costituzionale della finalità rieducativa della pena; cfr. Corte cost. sent. n. 264 del 1974, n. 274 del 1983, n. 168, del 1994, n. 161 del 1997, n. 253 del 2019, n. 135 del 200; qui la Corte, in modo non del tutto chiaro, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile o comunque oggettivamente inesigibile, afferma che la disciplina dell'ergastolo ostativo sarebbe «*significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato*».

e delle Sezioni Unite, coadiuvate dalla giurisprudenza di Strasburgo, seppur indicative della strada maestra da perseguire, non possono sostituire l'inerzia del legislatore.

La realtà è che questo codice, che continuiamo ad apostrofare in termini dispregiativi "fascista", non ha più alcuna dignità, avendo perso i connotati tipici «di corpo normativo organico, costruito con un linguaggio coerente ed uniforme leggibile dal comune destinatario delle leggi, finalizzato a rendere riconoscibile trasparente la volontà dello Stato nell'indirizzare comportamenti collettivi e nel sanzionare le relative trasgressioni di legge»⁵⁶.

Ciò che rimane del codice Rocco non garantisce più né consultazione, né comprensione: non permette più la riconoscibilità del sistema penale.

È stato egregiamente detto che una società punitiva, una società che dichiara il primato della sanzione, rischia di prescindere dalla coerenza del sistema, intendendo preliminarmente acquisire consenso davanti all'opinione pubblica, e producendo come conseguenza «l'alterazione della proporzione tra gravità oggettiva del reato ed entità della sanzione, secondo nuove gerarchie di valori, spesso prive di razionalità giuridica[...] dettate dallo spirito del tempo, dalla convenienza politica, dalle pressioni dei giornali e *talk show*»⁵⁷.

Mi sia consentita un'aggiunta, al di là dei consensi emozionali del momento, una politica penale che intende giocare al rialzo, non può non proiettare e, quindi, verificare l'efficienza del programma proposto in termini di efficacia deterrente. Dovrebbe prendere atto che, l'inosservanza della legge, dipende da un "non" funzionamento della tutela, quindi, da una debolezza delle politiche sociali che dovrebbero primariamente garantire, almeno secondo il disegno costituzionale, la comunità. Si sa, le difficoltà di queste politiche sono i costi, l'impegno, oltre che i benefici diluiti e percepibili solo nel lungo periodo; meglio dunque ricorrere ad una iper-penalizzazione e fingere di possedere nel codice penale (al momento virtuale!) un depositario dei parametri generali del giusto e dell'ingiusto.

5. Codice penale e Codice processuale penale: quale sintonia?

Per completezza, non può non darsi conto che, l'entrata in vigore della Costituzione, attraverso le norme dedicate al processo penale, ha evidenziato una chiara discontinuità con quelle che erano le regole incarnate nel codice di procedura penale, con particolare riferimento alla presunzione d'innocenza, alla restrizione della libertà personale come bene inviolabile, nonché all'effettivo esercizio del diritto di difesa.

Il nuovo codice di procedura penale promulgato nel 1988 (Codice Vasalli), ha rappresentato una svolta e, cioè, il passaggio da un sistema misto

⁵⁶ Cfr. DONINI, *Codificazione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di PIERGALLINI - MANNOZZI - SOTIS - PERINI - SCOLETTA - CONSULICH, Milano, 1273 ss.

⁵⁷ Cfr. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 199.

inquisitorio ad un sistema ispirato a criteri accusatori, insieme alla rinnovata visione del giudicato penale ed alla nuova disciplina della fase esecutiva. La natura giurisdizionale di questa, prevede che al giudice sia attribuito il procedimento di esecuzione, essendo competente a conoscere dell'esecuzione del provvedimento (art. 665 c.p.p.).

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale la connessione funzionale tra diritto penale sostanziale e processo si incrina definitivamente; la coerenza di fondo che ha accompagnato diritto e processo nei Codici del '30, si spezza.

In antitesi con la sua stessa *ratio* ispiratrice di forte rigorismo repressivo, il codice Rocco si è visto accostare un riformato processo penale, nonché l'instaurazione di riti alternativi al processo ordinario, con finalità esclusivamente deflattive, produttivi di arbitrari sconti di pena, che hanno svuotato di contenuto anche la fondamentale-rigorosa funzione di prevenzione generale in esso contenuta. Venendo meno la coerenza di fondo tra diritto e processo penale, si doveva auspicare una riprogettazione globale della materia penale, tale da consentire la tenuta del sistema giustizia, da intendersi, come richiede la nostra Carta fondamentale, in termini di certezza della legge (art. 25 Cost.) e dell'accertamento (art. 111 Cost.).

Il nuovo processo, almeno come descritto dall'art. 111 Cost., rappresenta un processo di parti dove, certamente, si è potenziata la funzione difensiva. Tale intelaiatura ruota su due esigenze di rilievo costituzionale, interesse al regolare svolgimento dell'*iter* investigativo (art. 112 Cost.) e, la necessità di assicurare all'inquisito, che si presume innocente, l'intervento della difesa (art. 24 Cost.).

A ben vedere, queste esigenze non si sovrappongono mai, poiché la ritualità formale del processo sottintende proprio l'intervento, la partecipazione del difensore. Le regole del gioco non possono prescindere dall'accusa e dalla difesa. Il pubblico ministero agisce, l'imputato si difende; di qui la collaborazione più elementare nei confronti del giudice terzo.

Il IV comma dell'art. 111 Cost., poi, imponendo il "contraddittorio nella formazione della prova", prima ancora che un diritto individuale, prescrive un "metodo" di conoscenza, inderogabile. Ne consegue che, la tutela della giustizia penale, potrà funzionare solo attraverso l'esistenza di una istituzione unitaria dove, volto garantista e volto repressivo, siano compresenti, entrambi collegati al principio di stretta legalità⁵⁸. Ne deriva un fondamentale corollario; il diritto punitivo non può non dipendere dall'attuazione della legalità sostanziale penale, e quindi, dal principio di proporzione che si ancora alla gravità del reato e al grado di colpevolezza, da attuare seguendo le regole del giusto processo. Di qui una fondamentale connessione che collega il pu-

⁵⁸ In tal senso per tutti, PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 55.

nire al processo, secondo logiche apparentemente diverse, comunque coerenti con i principi costituzionali.

Questo non significa affermare la primazia del diritto sostanziale su quello processuale o il suo contrario, bensì, evidenziarne i nuovi fondamentali equilibri per un corretto funzionamento dell'apparato giustizia. Equilibri non certo facili, a fronte di un nuovo, moderno processo, che garantisca, col principio del contraddittorio, un bilanciamento tra potere punitivo e posizione dell'imputato, e di un datato codice penale che, invece, non ha saputo rinnovarsi o, quanto meno, prevedere al suo interno nuove sanzioni principali, meno invasive, davvero alternative al carcere.

L'alluvionale richiesta di giustizia nel settore penale, a fronte della assenza di una semplificazione/riordino della materia, ha reso il contraddittorio privilegio di un numero esiguo di persone, ed ha prodotto, a scapito della difesa, l'irruzione nel dibattimento con forza probatoria, degli atti di indagine del pubblico ministero.

Il sistema accusatorio, anch'esso espressione del principio di legalità (valenza sostanziale e processuale dell'art. 25 Cost.), sta a significare limitazione, mediante legge, alla repressione penale. Ciò sottintende che tra diritto e processo ci sia un'endiadi inscindibile, che converga verso un unico obiettivo di giustizia: l'accertamento della verità processuale secondo le regole custodite all'art. 111 Cost. Si assiste invece al paradossale capovolgimento di questo classico principio garantista; si strumentalizza il punire in funzione processuale, consentendo riduzioni di pena, soprattutto finalizzate a promuovere semplificazioni e acceleramenti processuali. Sembra sia necessario ribadire l'ovvio: la funzione della pena, sia come prevenzione generale che speciale, non potrà mai subordinarsi ad una logica di controllo processuale, in termini di efficienza.

La privazione della libertà personale, anche nella veste processuale di misura cautelare, non potrà mai fondarsi su presunzioni assolute di pericolosità, dovendo la cautela riguardare unicamente il tipo di reato contestato⁵⁹, e la sussistenza del *fumus commissi delicti*, consentendo sì, la carcerazione ma fino a prova contraria.

Né, tantomeno, in materia penale potrà applicarsi una pena, seppur ridotta, senza aver celebrato un giusto processo. È ciò che avviene con i riti alternativi dove, deflazione giudiziaria e riduzione dei tempi processuali, si

⁵⁹ Cfr. l'esemplare opera di demolizione della Corte costituzionale sulle presunzioni assolute di adeguatezza cautelare previste all'art. 275 c.p.p. (sent. n. 265 del 2010, n. 164 del 2011, n. 231 del 2011, n. 110 del 2012, n. 57 del 2013, n. 232 del 2013, n. 213 del 2013, n. 48 del 2015, n. 191 del 2020); sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi (art. 4-bis, co. 1, ord. pen.) che non collaborano con la giustizia, cfr. sent. n. 253 del 2019. Occorre dare atto che il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito in L. 30 dicembre 2022, n. 199, seguendo tale direttiva, tra notevoli contrasti a livello politico, ha cancellato dall'elenco dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, i reati contro la P.A., invece inseriti dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3.

riverberano sulla pena, producendo profili seri di ragionevolezza in contrasto con i principi costituzionali a ciò dedicati.

Si pensi alla giustizia negoziata, in particolare al patteggiamento in cui l'imputato, per evitare anche le lungaggini processuali, "sceglie" di essere punito senza processo, quasi che il suo consenso alla velocizzazione dei tempi, meriti un premio che si traduca in sconto di pena, quale contributo alla ragionevole durata del processo.

La natura processuale dei riti alternativi, nessuna incidenza dovrebbe spiegare in tema di sanzione, dovendo questa guardare esclusivamente alla proporzione tra delitto e pena.

Non può negarsi che l'impianto accusatorio per funzionare rapidamente e bene, necessita di un efficace compendio di riti alternativi, per riservare il dibattimento e le garanzie proprie di questo, ad un numero circoscritto di casi realmente complessi. L'obiettivo però, di un accertamento contenuto in tempi ragionevoli, non può prescindere dal rispetto degli equilibri dei ruoli processuali, ergo da un accertamento 'giusto' in tempi ragionevoli. Insomma, la necessaria *liason*, tra istanze processuali e pena, anche nel suo significato premiale, non può venire meno. A nostro modesto parere, si potrebbe immaginare di ottenerla, ove il legislatore, finalmente superando l'idea monolitica del carcere, disciplinasse una gamma diversificata di pene orientate, sin dall'inizio, su esigenze preventive differenti, coniugate col tipo di illecito. La specificità delle conseguenze afflittive tornerebbe sicuramente utile anche per una maggiore efficienza processuale, potendosi collocare all'interno di una adeguata e coerente differenziazione dei riti, assicurandosi così, da un lato, una punizione effettiva-certa, orientata al recupero del reo e, dall'altro, una ragionevole durata processuale. Dovrebbe essere assodato che, certezza e rapidità della pena, non si coniughino esclusivamente con il carcere, dal momento che la reclusione, essenziale per alcuni gravissimi reati, non è necessaria per reati minori, per i quali più indicato risulterebbe l'utilizzo di pene alternative al carcere.

Si è precedentemente anticipato, come la collaborazione processuale nel processo e tramite il processo, comporti forti sconti di pena, non sempre giustificati dai canoni tradizionali che guidano il sistema sanzionatorio, soprattutto per gli autori dei delitti ostativi, sempre più numerosi e variegati, di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*bis*, ord. pen. Tutto ciò, come chiarito dalla Corte Cost. (sent. n. 253 del 2019), è in evidente contrasto, invertendosi l'onere della prova, con la presunzione di non colpevolezza, ma anche col *nemo tenetur se detegere*⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 84 del 2021, dove consacra l'operatività del diritto al silenzio nel campo del diritto sanzionatorio generale, con riferimento alle sanzioni CONSOB; in linea con la consolidata giurisprudenza europea sulla nozione sostanziale di sanzione penale basata sui parametri enucleati dalla "sentenza Engel", cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, par. 82., e da ultimo, Corte giust. UE, sent. 2 febbraio 2021, causa C-481/19.

Il diritto al silenzio, corollario essenziale per un processo accusatorio, trova giusta collocazione nell'art. 24, co. 2, Cost., nella salvaguardia del diritto di difesa della persona imputata. Non è richiesto all'incolpato, nel processo, di attivarsi per l'accertamento del fatto proprio; questo significa, che il giudice, non può valutare, aprioristicamente, come negativa la non collaborazione.

Ci sia consentita una breve parentesi sul punto; il Codice penale del '30 prevede, in generale, tra i delitti contro l'attività giudiziaria, cioè commessi all'epoca nell'espletamento di un processo di tipo inquisitorio, la "causa di non punibilità" di cui all'art. 384, co.1, c.p., che, seppur definita dal Guardasigilli nella Relazione di accompagnamento al codice, come una ipotesi speciale di situazione necessitata, a ben vedere, meglio incarna una causa di esclusione della colpevolezza, come espressione del diritto di difesa. E cioè, pur ritenendosi la condotta conforme al diritto, la si considera fortemente condizionante per la libertà di autodeterminazione del soggetto, seppur incolpato. Il silenzio e addirittura il mendacio, dovuto alla necessità di salvare il congiunto o se stesso da un grave ed inevitabile nocumento a libertà ed onore, viene riconosciuto, nonostante la probabilità di arrecare un danno all'amministrazione della giustizia, come espressione autentica del *nemo tenetur se detegere*, esteso addirittura alle condotte dei P.U.⁶¹.

L'attenzione di quel legislatore, si è spinta ben oltre la tutela dell'unità familiare o dello stato di necessità, mancando nella norma un riferimento, anche minimo, alla non volontarietà del pericolo ed alla proporzione tra danno e pericolo, presenti invece nell'art. 54, co. 1, c.p.

Con l'art. 384 c.p., si intende tener conto di una situazione psichica individuale in grado, da un lato di condizionare il requisito della colpevolezza, dall'altro di offrire tutela all'istinto di autoconservazione, garanzia questo del diritto di difesa. Quel legislatore plasma la norma in conformità con il sistema processuale inquisitorio, ma, nondimeno, sembra aderire perfettamente alle logiche accusatorie, così come sintetizzate dal giusto processo: ricerca della verità, sicuramente con modalità differenti, principio del contraddittorio attuato mediante la tecnica dell'oralità, possibilità di mentire che l'accusa ha l'onere di vincere.

Tale norma però, non si risolve nel mero esercizio del diritto di difesa, va oltre, potendo arrecare alla macchina della giustizia un danno ingiusto e non giustificabile, senza che il soggetto possa per questo essere punito. Insomma, al di là delle varieguate interpretazioni che la disposizione offre, è riduttivo immaginare che il legislatore del '30 la considerasse solo come espressione del brocardo *necessitas non habet legem*, spingendosi ben oltre, rilevando nella stessa, l'assenza di meritevolezza di pena che, però, viene meno quan-

⁶¹ Da ultimo Cass., Sez. un., 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, hanno esteso analogicamente l'esimente in oggetto anche con riferimento al convivente *more uxorio*, considerandola come un principio immanente al sistema penale, quello della inesigibilità, passibile di analogia in *bonam partem*, espressione del principio contenuto nell'art. 27 Cost.

do si trasforma in accusa dell'innocente. La sensibilità giuridica di quel legislatore autoritario, ha ritenuto il diritto di difesa prevalente sull'intralcio alla macchina della giustizia, soccombente rispetto alla tutela dell'innocente⁶², esprimendo così un importante principio di civiltà giuridica.

Come sopra anticipato, elementi di maggiore novità e di reale sintonia tra pena e processo, sono sicuramente presenti nell'istituto della messa alla prova il cui esito positivo, dà luogo all'estinzione del reato; qui la sanzione, su base consensuale, si sostituisce al processo, garantendo efficienza, senza intaccare la funzione regolata dalla pena, bensì operando una rivalutazione del sistema sanzionatorio, nell'ottica di una effettiva reintegrazione già nel corso del processo (artt. 464-*bis*, 464-*ter* c.p.p.), evitando il più possibile il sacrificio per la libertà personale. La disciplina dell'istituto prevede un ampliamento nell'ambito della "Legge Cartabia" (n. 134 del 2021), attuata con d.lgs. n. 150 del 2022, ed entrata in vigore il 30 dicembre 2022 ad opera del d.l. n. 150 del 2022, convertito in L. n. 199 del 2022. La nuova messa alla prova, si estende a nuovi reati, alcuni puniti con pena edittale fino a 6 anni, purché rientrino tra quelli che meglio si prestino a percorsi riparativi e ri-socializzanti. L'istituto merita attenzione, valorizzando strumenti e logiche riconducibili alla giustizia riparativa e, garantendo, al contempo, deflazione sia processuale che penitenziaria, in termini di reale alternativa al processo e alla pena detentiva.

6. Conclusione.

L'ultimo secolo, a quanto pare, sembra evidenziare una profonda crisi culturale, connotando una società caratterizzata da disimpegno politico e sociale, in un clima di disillusione e di perdita dei valori, che non può non riflettersi anche nella materia penale. Si assiste qui, ad un fenomeno di incontrollata espansione, una sorta di ipertrofia penale attraverso leggi novellistiche perlopiù simboliche, in un clima di indifferenza per i fondamentali contenuti del sistema sostanziale e processuale penale. La politica sembra aver rinunciato a quella funzione sua propria, che le impone di tracciare le regole e definire, in maniera chiara, i confini dell'operare del diritto.

È opinione diffusa che, il frequente ricorso alle pene criminali, sia destinato a fornire credibilità ad iniziative politiche prive di ogni raccordo e del tutto inaccettabili. A ben guardare, la logica, che è alla base della normazione degli ultimi anni, sottintende l'inconfessabile proposito di scalzare le regole dello Stato di diritto, tornando l'intimidazione ad essere regina nell'ambito sanzionatorio, salvo poi far seguire un trattamento criminale la cui unica funzione è la difesa sociale. Nonostante gli interventi normativi, alcuni certamente apprezzabili, che pur vi sono stati in materia penale, è mancata quella

⁶² Per i rilievi sostanziali del principio, cfr. PULITANO, *Nemo tenetur se detegere, quali profili di diritto sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1272 ss.

necessaria riforma strutturale, da inserire in un disegno unitario, che avrebbe segnato il tanto agognato salto di qualità. La frammentarietà ha impedito ogni visione sistematica di istanze degne della più attenta considerazione. In tale situazione, la strategia delle grandi riforme sembra essere solo un felice ricordo.

Eppure, nonostante l'evidenziato velleitarismo normativo, la speranza di avere una politica criminale razionale ancora è di molti. La dottrina, da tempo, torna a considerare l'idea di un'offerta rieducativa, volta a mettere a disposizione strumenti di reinserimento, nella direzione dell'umanizzazione della pena, contribuendo così a dare un senso al sistema, a vantaggio non solo del condannato ma anche della società.

Senza farci grandi illusioni, possiamo dire che alcune sollecitazioni per una maggiore sensibilizzazione sul punto, le ritroviamo, anche in politica, per es. nel discorso programmatico alle Commissioni Giustizia, da parte del Ministro Dott. Carlo Nordio⁶³, che, finalmente, abbandonando il linguaggio del populismo penale, affronta un programma di riforme, in sintonia con la Comunità europea, ispirandosi a principi liberali del diritto penale e del giusto processo.

I punti più salienti individuano un percorso di riforme orientato al rafforzamento della presunzione d'innocenza, tenendo a mente direttamente l'efficienza della macchina giudiziaria. Punto di partenza, in questa prospettiva è, da un lato, la restrizione dell'area del penalmente sanzionato e, dall'altro, l'attuazione dell'idea di una pena effettiva, efficace, immediata, quindi 'eseguita' ma, non per forza 'eseguita' come quella 'irrogata'.

Sembrirebbe finalmente esserci stato, da parte della politica, uno sforzo orientato nella direzione dell'umanizzazione della pena, come ad indicare un cammino essenziale verso un irrinunciabile progresso civile e solidale; progresso, che non può non iniziare dall'abbandono dell'idea carcerocentrica che promuove il carcere ad unica pena.

Proprio nell'ottica di un effettivo ripensamento del sistema sanzionatorio e di un superamento del primato del carcere, si muove la nuova disciplina delle pene sostitutive, delle pene detentive brevi, introdotta dalla Riforma "Cartabia" (d.lgs. n. 150/2022)⁶⁴, attraverso una revisione organica della di-

⁶³ Il riferimento è all'intervento del Ministro di Giustizia Carlo Nordio alle Commissioni giustizia dove ha esposto un ampio programma orientato alla ormai improcrastinabile risoluzione dei problemi che affliggono il sistema penale. Il Ministro, per quanto riguarda il diritto penale, ha sostanzialmente ribadito quanto già avallato nei lavori della Commissione di riforma da Lui presieduta per l'elaborazione di un nuovo codice penale; lavori, è bene ribadirlo, nei contenuti in assoluta sintonia con tutti i vari Progetti di riforma di codice penale, nonché con le numerose commissioni di studio a ciò dedicate.

⁶⁴ La Riforma "Cartabia" del processo e del sistema sanzionatorio penale, entrando in vigore con norme transitorie modificate dalla L. n. 199/2022, in sede di conversione del d.l. n. 162/2022, raggiunge, nei termini stabiliti, uno degli obiettivi del "PNRR" concordati dal Governo con la Commissione europea. L'obiettivo si è raggiunto anche grazie ai lavori della Commissione "Lat-tanzi" e dei sei gruppi di lavoro costituiti presso l'ufficio legislativo del Ministero della giustizia per l'attuazione della legge delega.

sciplina della L. n. 689/1981, e l'introduzione, finalmente all'interno del codice penale, del nuovo art. 20-*bis*.

La riforma, rinominando le sanzioni sostitutive (“*Pene sostitutive delle pene detentive brevi*”) ne sottolinea la portata di vera e propria pena oltre il carcere. Si introduce, così, nell'ordinamento una nozione di pena detentiva breve, molto più ampia rispetto alla precedente (da 2 a 4 anni), superandosi anche la sovrapposizione tra l'area delle sanzioni sostitutive e l'area della sospensione condizionale della pena, che ha comportato nel passato il fallimento della L. n. 689/1981, con riferimento alle sanzioni sostitutive. Per cui, pena breve, non è più quella che consente l'applicazione della sospensione condizionale ex art. 163 c.p., bensì quella la cui esecuzione può essere sospesa ex art. 656, co. 5, c.p.p.⁶⁵.

Le nuove pene sostitutive, semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità, oltre la già prevista pena pecuniaria completamente revisionata, sono applicabili direttamente dal giudice della cognizione, in sede di pronuncia della sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta di parte, con ciò anticipandosi nel giudizio di cognizione la possibilità di applicare pene corrispondenti alle attuali due misure alternative che continueranno ad essere previste ed applicate dal Tribunale di Sorveglianza dopo la definitività della sentenza (previo coordinamento del margine residuo di sovrapposizione tra le nuove pene e le preesistenti misure alternative).

L'ampliamento dell'area operativa delle pene sostitutive ha prodotto effetti rilevanti anche in ordine ai riti speciali e, in particolare, sul procedimento per decreto. Tralasciando i vari punti oggetto di modifica, si evidenzia che è prevista la sostituzione della pena detentiva fino a un anno con pena pecuniaria (ex art. 20-*bis* c.p.), e di quella detentiva fino a tre anni con il lavoro di pubblica utilità, se vi è stata richiesta dell'imputato prima dell'emissione del decreto penale (ex art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p.), ovvero successiva all'adozione del provvedimento (ex art. 459, comma 1-*ter*, c.p.p.). Innovazioni queste significative, in quanto superano la precedente disciplina che contemplava esclusivamente la possibilità di condannare l'imputato al pagamento di una pena pecuniaria. Attualmente, questo viene coinvolto nel procedimento, richiedendosene la disponibilità e la partecipazione attiva in ordine alla effettiva richiesta di emissione del decreto penale di condanna.

Non eguale plauso è possibile esprimere per alcune modifiche apportate dalla Riforma “Cartabia” al giudizio abbreviato; l'art. 442, comma 2-*bis*, c.p.p. prevede che la pena inflitta sia ulteriormente ridotta di un sesto in caso di mancata impugnazione della sentenza. È evidente che alla riforma abbia inteso attribuire centralità ai riti alternativi, ampliandone le possibilità di accesso e incentivandone la scelta con maggiori vantaggi premiali; il tutto, evidentemente, al fine di realizzare una migliore economia processuale in termini di reale efficienza. Quest'ultima però, come già detto, si raggiunge

⁶⁵ Sul punto cfr. Corte cost. sent. n. 41 del 2018.

solo attraverso il coinvolgimento sintonico tra principi sostanziali e processuali. L'impovertimento di tali principi non giova né al piano processuale né al reato e genera sicuri scompensi sulla presunzione di innocenza, quindi, sulle garanzie e, conseguentemente, sulla rieducazione. L'ulteriore sconto di pena, operato dal rito abbreviato, si giustifica esclusivamente in termini di deflazione processuale, sebbene la pena irrogata continui a conservare natura squisitamente sostanziale.

La necessità di assicurare efficienza-funzionalità al processo non può negare la indissolubile relazione tra processo e pena; ciò svilisce il principio di legalità e quindi il rispetto della persona destinataria della norma, soprattutto nel momento che diviene soggetto processuale.

In conclusione, nonostante alcune criticità, non può negarsi che l'ottica perseguita sia nella direzione di ampliare i trattamenti penali non carcerari, incentivando il ricorso alla sostituzione delle pene detentive brevi, strumento speciale preventivo per un effettivo reinserimento sociale.

La vera novità consiste nel fatto che il finalismo rieducativo, dovrà plasmare, sin dall'inizio, la natura stessa della pena, imponendo al giudice della cognizione una discrezionalità nuova, da declinare con la storia personale del soggetto, guardando anche al futuro della persona condannata.

L'istituto della sostituzione delle pene detentive brevi, così rivitalizzato, è un incentivo anche per i riti speciali, consentendo all'imputato di non passare per il carcere, oltre ad assicurare un impatto positivo sulla deflazione penitenziaria.

Il lavoro di pubblica utilità, fiore all'occhiello, già dell'istituto della messa alla prova, amplia la sua prospettiva, ed è applicabile come pena sostitutiva anche in sede di decreto penale di condanna prevedendo, a conclusione del positivo svolgimento, accompagnato da condotte risarcitorie o riparatorie, la revoca della confisca.

La riforma, tutta orientata a sviluppare il rapporto tra efficienza e ragionevole durata del processo, contiene un ambizioso programma che, partendo da una riorganizzazione-modernizzazione dell'apparato giustizia, dovrà poi articolarsi attraverso strutture organizzative stabili, tali da elevarne il tasso di efficienza con conseguente riduzione dei tempi.

La Riforma "Cartabia", oltre a limitare la perseguibilità di alcuni reati e ad introdurre importanti percorsi di giustizia riparativa, ha aperto ai giudici di merito la possibilità di applicare direttamente al condannato pene sostitutive al carcere, riconducendo quest'ultimo ad una delle forme - non l'unica! - di esecuzione della pena, da riservare questa ai reati più gravi. Sia chiaro, anche in quest'ultimo caso, la funzione rieducativa e risocializzante deve trovare spazio il più possibile attraverso un percorso detentivo capace di restituire al condannato dignità, permeando questa l'intero Patto Costituzionale, fungendo da parametro fondamentale, irrinunciabile, per la limitazione di qualsiasi diritto.

Non solo, creare pene al di fuori del carcere significa impegnarsi in un arduo progetto di politica sociale che preveda strutture amministrative, che si

occupino della esecuzione esterna delle pene sostitutive-alternative-riparative, ma anche strutture sanitarie o socio-assistenziali che seguano percorsi terapeutici e di sostegno da affiancare alla pena. Strutture queste, al momento insufficienti e prive di risorse, senza le quali però, è impossibile assicurare la realizzazione del finalismo rieducativo della pena, laicamente inteso, come offerta di opportunità per il reinserimento sociale, anche, del colpevole. Finalità che, per essere perseguita, necessita del concorso attivo di molte istituzioni pubbliche come quella dell'istruzione, per arrivare agli enti territoriali, costituzionalmente responsabili dell'assistenza sanitaria, ma anche della programmazione e dell'attuazione delle politiche sociali e del lavoro.

Non è dubbio che, l'effettività della funzione rieducativa, passa attraverso spazi e tempi della pena idonei e, quindi, anche attraverso un'apertura alla società esterna.

Insomma, una effettiva riforma della giustizia, che intenda andare oltre il codice penale Rocco, al di là dell'efficienza giudiziaria, dovrà sopperire al *deficit* di personalizzazione sanzionatoria propria di quel codice, valorizzando, come impone il dettato Costituzionale, e individualizzando la pena, allargando le opzioni sanzionatorie e la discrezionalità del giudice sin dal giudizio di cognizione.

È possibile affermare che il promovimento di tale principio e, quindi, il superamento della concezione di una pena ineluttabilmente retributiva, più precisamente, general-preventiva negativa, come quella che ha ispirato il codice della '30, è già riconoscibile nella categoria, sopra citata, della "non punibilità" di cui all'art. 131-*bis* c.p. Categoria valorizzata ed ampliata dalla Riforma "Cartabia" che, adeguandosi ai suggerimenti della dottrina ed ai moniti della Corte costituzionale, ha incentrato la non punibilità sulla tenuità del fatto, facendo riferimento al limite minimo della pena, in quanto è questo che segnala, in concreto, se un certo reato possa essere commesso in forma lieve⁶⁶.

Occorrerà quindi, altro aspetto fondamentale, incidere sul piano dell'individualizzazione della pena, promuovendo ed allargando lo spazio, ancor piuttosto modesto, della giustizia riparativa, la quale esprime «la forma più intensa e relazionale di personalizzazione delle conseguenze sanzionatorie del reato»⁶⁷, rendendo la pena realmente dinamica: «agita» e non «subita»⁶⁸. Non vi è dubbio che la rifondazione in chiave personalistica della pena, impone un pluralismo sanzionatorio che può esprimersi solo attraverso il supera-

⁶⁶ Sul punto si rimanda alla già citata pronuncia della Corte cost. n. 156 del 2020; in dottrina si segnala BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it, 13 gennaio 2022.

⁶⁷ Così, VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 119.

⁶⁸ La originale terminologia è di DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 236.

mento della centralità della pena detentiva, depersonalizzante per eccellenza e, attraverso, la predisposizione di percorsi trattamentali individualizzati.

A dire il vero, la Riforma “Cartabia” lascia scorgere i primi, sia pur timidi, segnali di rinnovamento ideologico-culturale, coinvolgendo anche il sistema processuale sin dalla fase della cognizione, richiedendo al giudice una giustificazione alla pena che oltrepassi la mera retribuzione di matrice squisitamente codicistica, per ancorarsi-indagare, sin da subito, la vicenda umana dell'accusato.

Ebbene, il modello or ora affermato, rappresenta solo l'inizio di attuazione di un progetto appena cominciato, che pretende tempi, non rapidi né a medio termine, che vuole sensibilità nuove ed investimenti strutturali. Si assiste ad un rilancio, si punta in alto, le probabilità concrete di successo ci sono, purché la politica si assuma le responsabilità che la Costituzione impone: rimuovere le disuguaglianze e lo svantaggio sociale attraverso lo sviluppo di politiche economiche e sociali e non solo criminali.

Ove così non fosse saremmo di fronte all'ennesima riforma inattuata, espressione di pura ipocrisia.

Considerazioni sulla riforma incompiuta in materia di misure di sicurezza per autori “infermi di mente”

Matteo Minervini*

Sommario: 1. Lo stato dell’arte dopo la l. n. 81/2014. – 2. Alcune osservazioni intorno alle possibili alternative.

ABSTRACT

Il principio della misura di sicurezza detentiva come *extrema ratio* non ha ancora fatto adeguata breccia nella prassi giudiziaria, tutt’ora permeata da una cultura eccessivamente “custodialistica”, che, come tale, nutre una scarsa fiducia sulla reale efficacia di concrete alternative. Ancora oggi la disciplina per le misure di sicurezza per il c.d. infermo id mente presenta numerosi profili di frizione con i principi costituzionali: permane l’idea che egli non debba essere chiamato a responsabilità, processato e, se responsabile, punito con una sanzione proporzionata al fatto commesso; ma, soprattutto, permane la misura di sicurezza fondata su un concetto non empiricamente verificabile di ‘pericolosità sociale’.

The principle of the security measure for preventive purposes as extrema ratio hasn’t already made inroads into judicial practice, which is still characterised by an excessively “custody-like” culture that has little trust in the efficacy of actual alternatives.

Still nowadays, the discipline for custody measures vis-à-vis the s.c. “mentally ill” finds several points of friction with constitutional principles: the idea persists that he should not be called for responsibility, prosecuted and, if responsible, punished with a sanction proportionate to the act committed; but, most of all, custody measure based on an empirically unverifiable concept of “social dangerousness” persists.

1. Lo stato dell’arte dopo la l. n. 81/2014.

Da tempo si discute se, ed entro che limiti, la legge n. 81/2014 abbia sortito l’effetto di privilegiare la cura della persona autrice di reato con disturbi psichici, destinandola alle residenze per l’esecuzione della misura di sicurezza (r.e.m.s), a seguito della definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari.

* Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Com'è noto, prima della l. n. 81/2014, le persone "socialmente pericolose" potevano essere internate in un ospedale psichiatrico giudiziario (o.p.g.) per una durata indeterminata nel massimo¹.

Dopo la riforma, qualora il giudice disponga l'internamento, esso deve svolgersi nelle r.e.m.s., site nella Regione di residenza dell'internato e gestite da personale sanitario, con il controllo, ora solo esterno, delle forze dell'ordine. Il giudice, che, a norma dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011, convertito con modificazioni in l. n. 9/2012, non può più applicare la misura valutando la pericolosità dell'agente sulla base di condizioni sociali e familiari di abbandono, deve rispettare il principio di *extrema ratio* e ricercare prima di tutto misure alternative all'internamento, favorendo la realizzazione di un progetto terapeutico riabilitativo individuale, di concerto con i centri di salute mentale, secondo quanto disposto dall'art. 3-ter, co. 4².

Permane dunque il "doppio binario" di pene e misure di sicurezza, oggi con il solo limite del massimo di pena edittale stabilito per quel reato; ma, soprattutto, persiste la misura di sicurezza fondata su un concetto, di tipo predittivo, privo di qualsiasi verificabilità empirica, come quello di "pericolosità sociale", a dispetto, quindi, anche del principio di precisione e determinatezza³.

La l. n. 81/2014 ha senz'altro rivoluzionato la normativa precedente, stabilendo la chiusura degli o.p.g., e in luogo del sistema tradizionale, che collegava la durata della misura di sicurezza alla sola cessazione della pericolosità sociale, ha fissato il citato limite massimo⁴.

¹ Cfr. per tutti FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna 2019, 883; Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano 1978, 115-119.

² Per un'approfondita analisi critica della riforma, cfr. SCHIAFFO, *Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, a cura di CATENACCI - D'ASCOLA - RAMPIONI, Roma 2021, 1055-1074.

³ Sul punto, v. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 21, secondo cui è possibile «sostenere che l'accentuata disattesa di questo principio rappresenta, per le sue implicazioni, l'esempio più evidente della perdita di valore di quelle idee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica, quali tutela di libertà e dignità dell'uomo». Sul concetto di determinatezza *sub specie* verificabilità empirica, inoltre, si ricordi la sentenza n. 96/1981 con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 603 c.p. in quanto rappresentava un'ipotesi di reato «non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato», laddove il legislatore «deve impegnarsi a formulare norme concettualmente precise (...) che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà», cfr. Corte cost., sent. 8 giugno 1981 n. 96, in www.cortecostituzionale.it. Sul punto v. ancora S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, *op. cit.*, p. 65: «Ciò significa che la norma dev'essere riferita a fenomeni, non solo rispondenti alla realtà, ma che siano razionalmente accertabili», come insegna l'antica e profonda lezione di A. Feuerbach, cfr. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800, r.a. Aalen 1973, 12-13, secondo cui «il legislatore non può sottoporre a pena ciò che...in concreto non può essere completamente provato».

⁴ Cfr. art. 1, co. 1-quater, d.l. 31 marzo 2014, conv., con modif., in l. 30 maggio 2014, n. 81.

Nondimeno, il legislatore, omettendo di prevedere che la durata della misura di sicurezza sia commisurata alla concreta gravità del fatto, concepisce la materia in modo disorganico, eludendo i principi di proporzione e offensività, in contrasto con gli artt. 3, 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost.

Infatti, per il codice penale del 1930 il principio della durata indeterminata della misura di sicurezza era un corollario della concezione della misura stessa quale provvedimento amministrativo di difesa sociale: in altri termini, «stabilire preventivamente, per legge, che oltre un certo limite di tempo non debba protrarsi l'esecuzione della misura di sicurezza, in quanto la persona a essa sottoposta sia da considerare non più pericolosa, varrebbe quanto rinnegare il valore e gli scopi di un provvedimento stabilito a garanzia degli interessi sociali»⁵.

Quindi è certo che il sistema odierno delle misure di sicurezza personali pone un argine significativo alla rilevanza della pericolosità sociale.

Individuare il limite massimo della durata di una misura di sicurezza detentiva, infatti, corrisponde senza dubbio ad un ritrovato senso di civiltà giuridica; tuttavia, resta il dato per cui, diversamente da quanto avviene per l'irrogazione della pena, all'interno della cornice edittale la sanzione non è fissata dal giudice della cognizione se non nella misura minima, rimanendo per il resto tuttora indeterminata⁶.

Preme rilevare che bisogna stare attenti a non confondere il limite del tempo massimo di durata con la proporzione della sanzione rispetto alla gravità del fatto commesso.

Infatti, la discrezionalità di cui agli artt. 132 e 133 c.p., prima di riguardare la colpevolezza o le qualità del soggetto, attiene all'oggettivo disvalore del fatto concreto; di conseguenza, la proporzione della sanzione è corretta e legittima se risulta che i parametri di cui all'art. 133 c.p. siano stati sostanzialmente ed in concreto presi in considerazione e valutati dal giudice della cognizione, quale che sia la misura della sanzione inflitta, in ordine al tipo e al *quantum* di pena, tra il minimo e il massimo edittale⁷.

Inoltre, l'intervento legislativo in esame, se da un lato individua il limite temporale della misura di assegnazione ad una r.e.m.s. e di tutte le misure di sicurezza "detentive", dall'altro lascia intatta la disciplina della misura di sicurezza della libertà vigilata, che, a norma degli artt. 228 ss. c.p., mantiene la sua potenziale applicazione a tempo indeterminato. La questione non è trascurabile, poiché nella prassi l'applicazione della libertà vigilata viene disposta in modo opportunistico, quale misura idonea a fronteggiare il fenomeno delle liste di attesa per l'ingresso in r.e.m.s., con il disarmante risultato di un

⁵ Cfr. MUSCO, *op. cit.*, 115.

⁶ Cfr. CAVALIERE, *Misure di sicurezza e doppio binario. Considerazioni introduttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1 2022, 349.

⁷ Per un approfondimento, cfr. GOISIS, *Artt. 132-133*, in DOLCINI - GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano 2015, 1960-2003; PROVOLO, *Artt. 132-133*, in FORTI - SEMINARA (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova 2019, 857-887.

‘ritorno al passato’, che vede il reo affetto da patologie psichiche destinatario di una misura sanzionatoria applicata per un tempo potenzialmente indeterminato⁸. Il tutto è reso poi ancor più grave dalla previsione dell’art. 231 co. 2 c.p., che, di fatto, rende la misura della libertà vigilata fortemente coercitiva, trasformandola in misura sostanzialmente detentiva⁹.

In ogni caso, anche se il legislatore ha previsto la possibilità di graduare l’applicazione della misura sino al raggiungimento del tempo limite, lasciando intatto il concetto di ‘pericolosità sociale’ è possibile che la durata della sanzione si protragga in alcuni casi sino al raggiungimento di detto limite, e, quindi, che sia comunque svincolata dalla proporzione rispetto al concreto fatto commesso.

2. Alcune osservazioni intorno alle possibili alternative.

La riforma non ha tardato a mostrare anche le difficoltà riguardanti la gestione delle nuove strutture; del tema è stata recentemente investita la Corte costituzionale¹⁰. Nel dichiarare inammissibili le questioni sollevate dal rimet-

⁸ Cfr. Corte cost., 27 gennaio 2022, sent. n. 22, 3, in www.cortecostituzionale.it, in cui si legge che «alla data del 31 luglio 2021 risultavano collocate in una struttura penitenziaria in attesa di internamento in una REMS 61 persone, per nessuna delle quali il DAP ha avuto notizia di collocamento presso i servizi psichiatrici ospedalieri ex art. 286 del codice di procedura penale. Dall’analisi condotta dal 20 giugno al 25 settembre 2021, risulta poi al DAP l’emissione di 15 provvedimenti con cui è stata concessa la libertà vigilata in favore di soggetti presenti in lista di attesa per il ricovero in REMS».

⁹ Si consideri, inoltre, che la giurisprudenza ritiene «legittima la misura di sicurezza della libertà vigilata provvisoriamente applicata nei confronti di un soggetto affetto da malattia psichiatrica, che ne prescriva il ricovero in una struttura sanitaria con divieto di allontanamento in determinate fasce orarie e, comunque, per finalità incompatibili con il programma terapeutico, trattandosi di prescrizioni funzionali all’esecuzione di tale programma che non snaturano il carattere non detentivo della misura di sicurezza non comportando alcun sacrificio aggiuntivo alla libertà di movimento rispetto a quello che inerisce a qualsiasi percorso di cura»: così, Cass., I sez. pen., sent. 12 dicembre 2019, n. 50383. Dunque, volendo sintetizzare, le prescrizioni della libertà vigilata non avrebbero natura coercitiva perché la loro osservanza non può essere imposta coattivamente all’agente, potendo però, in caso di inosservanza delle prescrizioni medesime, essere aggravata la misura. In altri termini, al ricovero “imposto ma non coatto” in una struttura sanitaria, caratterizzato, quindi, da un t.s.v., nulla esclude che possa essere poi sostituito un t.s.o. nell’ipotesi in cui il soggetto rifiuti le cure necessarie per le condizioni in cui si trova, a seguito delle prescrizioni stabilite con il provvedimento che dispone la libertà vigilata. È quindi agevole intuire che, con la libertà, la libertà vigilata ha ben poco in comune.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 24 giugno 2021, ord. n. 131, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «con ordinanza dell’11 maggio 2020, il g.i.p. del Tribunale di Tivoli espone di aver disposto, nel giugno del 2019, l’applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero presso una r.e.m.s. a carico dell’imputato, e, sin tanto che non fosse stato possibile, che gli fosse provvisoriamente applicata la misura della libertà vigilata presso una struttura residenziale psichiatrica per trattamenti terapeutico-riabilitativi a carattere estensivo, da individuarsi a cura del centro di salute mentale territorialmente competente».

A distanza di quasi un anno dal provvedimento, la misura in r.e.m.s. rimaneva ineseguita a causa della carenza di posti nelle strutture della Regione Lazio. Per questo motivo il giudice sollevava

tente, il Giudice delle leggi, come in altre analoghe occasioni¹¹, ha ammonito il legislatore circa l'urgente necessità di una riforma complessiva, che assicuri, contemporaneamente, un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza; la realizzazione e il buon funzionamento di un sufficiente numero di r.e.m.s., sì da garantire al contempo la cura degli internati e la tutela della collettività; e, infine, forme di adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio delle r.e.m.s. e degli strumenti di tutela della salute mentale attivabili nel quadro della misura di sicurezza della libertà vigilata¹².

Sorvolando il merito delle questioni affrontate dalla Corte costituzionale e la discutibile tendenza secondo cui essa recentemente “decide di non decidere”, si potranno nondimeno svolgere alcune brevi considerazioni sulla riforma in materia di misure di sicurezza per autori “infermi di mente” e di ricovero nelle r.e.m.s. che da qualche tempo, definitivamente dal 2017, hanno sostituito gli o.p.g.

Le difficoltà riscontrate nell'attuazione della riforma, infatti, potrebbero forse essere collegate agli irrisolti nodi di fondo in tema di misure di sicurezza personali, che, ancora oggi, secondo taluni, non sarebbero del tutto in linea con i principi di garanzia sottesi al sistema penale.

La mancanza di proporzione tra fatto commesso e durata della sanzione, infatti, permette ancora adesso l'applicazione della misura per fatti bagatelari o, almeno in astratto, finanche senza che sia stato commesso un reato. L'art. 202 c.p. consente ancora oggi l'applicazione della misura di sicurezza a soggetti che non hanno posto in essere fatti tipici, oppure che hanno posto in essere fatti astrattamente tipici, ma carenti di qualsiasi offesa al bene giuridico tutelato.

Dunque, sembra che il legislatore, a dispetto dei principi che fondano il diritto penale del fatto, tenda in queste ipotesi ad una sostanziale prevalenza delle istanze di difesa sociale rispetto alle esigenze di tutela del singolo.

questione di legittimità costituzionale in merito agli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, perché in contrasto, secondo il g.i.p. rimettente, in primo luogo con gli artt. 27 e 110 della Costituzione, «nella parte in cui, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (r.e.m.s.) alle Regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della Giustizia in relazione all'esecuzione della detta misura di sicurezza detentiva provvisoria»; e, in secondo luogo, gli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., «nella parte in cui consentono l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge in materia».

¹¹ Segnatamente, Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279; nonché recentemente, in diverso contesto, Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 32, in www.cortecostituzionale.it.

¹² Cfr. Corte cost., 27 gennaio 2022, cit., 9; per un diverso ordine di idee, cfr. SCHIAFFO, *Una nuova strategia per una tutela effettiva dei diritti fondamentali: il ruolo essenziale di un numero limitato di posti letto nelle REMS*, in *Riv. Diritto e Giustizia Minorile*, 3 aprile 2021, 31-39.

Per completezza, bisogna dare atto che a tale inconveniente ha cercato di rimediare, senza successo, la Commissione Pelissero, con la proposta di riforma del codice penale avanzata nel 2017¹³.

Quanto alla ragione della possibile mancanza di proporzione tra gravità del fatto concreto commesso e misura di sicurezza, è lecito ritenere che il nodo gordiano della problematica risieda ancora oggi in un concetto, di tipo predittivo, come quello di 'pericolosità sociale', che, com'è stato autorevolmente osservato, in un'accezione rigorosa tende a prevaricare la stessa idea di responsabilità e dunque a rendere di fatto del tutto naturale e addirittura centrale il ruolo della misura di sicurezza¹⁴.

La priorità del legislatore, infatti, non sembra quella di "reagire a fatti commessi", quanto quella di rispondere ad una demagogica passione o furia punitiva¹⁵; tendenza, questa, che pone al centro del sistema sanzionatorio il 'delinquente pericoloso' e, di conseguenza, la 'criminalizzazione della malattia mentale'¹⁶.

Il giudizio di pericolosità sociale è descritto dal legislatore all'art. 203 c.p. e, com'è noto, è incentrato sulla probabilità che un determinato soggetto, autore di reato (o 'quasi reato', art. 202 c.p.), commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reati.

La stessa Corte costituzionale ha rilevato che l'intervento riformatore della l. n. 81/2014 non ha in alcun modo modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme o semi-inferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è soltanto limitato ad incidere sui criteri di scelta delle misure e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive¹⁷.

Inoltre, anche la norma che disciplina il riesame della pericolosità ex art. 208 c.p. resta immutata dopo la riforma.

Il giudizio sulla proroga della misura di sicurezza, infatti, è solo in parte diverso da quello richiesto per la sua applicazione e per la sua esecuzione, poiché il giudice deve tener conto della gravità del reato, dei fatti successivi come il comportamento tenuto durante l'internamento, delle concrete possi-

¹³ Cfr. *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, istituita con D.M. 19.7.2017, 7, in www.giustizia.it.

¹⁴ Cfr. PALAZZO, *Punire e curare: tra incertezze scientifiche ed esigenze di riforma*, in AA.VV., *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, a cura di MENGHINI - MATTEVI, Trento 2020, 9.

¹⁵ Cfr. PALAZZO, *op. cit.*, 5-6.

¹⁶ Cfr. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 176-177, secondo cui «in un contesto culturale e politico sempre più attento alle sollecitazioni sul tema "sicurezza" è forte il rischio di imboccare derive sul piano delle garanzie dell'autore del fatto in un settore delicato come quello che investe le stesse linee di intervento sanitario a tutela della salute mentale».

¹⁷ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2015, sent. n. 186, in www.cortecostituzionale.it.

bilità di un adeguato reinserimento sociale¹⁸, e, di conseguenza, dell'astratta probabilità che il soggetto commetta nuovi fatti di reato¹⁹.

Si può dunque ritenere che i lamentati inconvenienti della riforma, legati all'assenza dei posti nelle r.e.m.s. e alle lunghissime liste d'attesa, non dipendano dalla gestione esclusivamente sanitaria delle strutture, come parrebbe ritenere il giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale²⁰.

Lo scopo della riforma era quello di lasciarsi alle spalle l'esperienza degli o.p.g. e non di trasformarli in nuove strutture cambiando solo il *nomen*, come era già successo in passato²¹.

Infatti, queste «esplicano funzioni terapeutico-riabilitative e socio riabilitative in favore di persone affette da disturbi mentali»²². Ai sensi delle ll. n. 9/2012 e n. 81/2014 si può ritenere che le case di cura e custodia e gli o.p.g. debbano essere sostituiti dall'insieme dei servizi sociali e sanitari del territorio, e, in primo luogo, dai dipartimenti di salute mentale, dei quali fa parte la r.e.m.s.; essa dovrebbe avere un mandato di cura e non una funzione custodiale, o almeno non prevalentemente tale²³.

Non appare trascurabile, inoltre, che se immutato resta, come oggi risulta, il concetto di pericolosità sociale, il limite di durata della sanzione appare inconciliabile con la finalità, almeno originaria, delle 'misure amministrative': che era quella di neutralizzare la pericolosità dell'agente sino a che non sia cessata. In altri termini, siccome la pericolosità sociale è un giudizio sulla probabilità di recidiva, e, di contro, l'applicazione della misura in r.e.m.s. è limitata nel tempo, potrebbe accadere che il reo, ritenuto ancora pericoloso,

¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 23 ottobre 2020, n. 4026, in *www.italgiure.it*; Cass. pen., sez. I, sent. 27 novembre 2018, n. 8242, in *www.italgiure.it*.

¹⁹ Cfr. CADAMURO, Art. 208, in FORTI - SEMINARA (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., 1279.

²⁰ Cfr. ordinanza dell'11 maggio 2020, iscritta al n. 110 del registro ordinanze 2020 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2020.

²¹ Cfr. MUSCO, *op. cit.*, 283.

²² Decreto 1 ottobre 2012, "Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia", in G.U. Serie Generale n. 270 del 19 novembre 2012, in *www.gazzettaufficiale.it*.

²³ La lettura offerta dalla recente pronuncia della Corte cost., sent. 27 gennaio 2022, cit., p. 6 sembrerebbe invertire i termini della questione, mettendo in risalto «anzitutto» la funzione custodiale della r.e.m.s. ed affermando che «come oggi concretamente configurata nell'ordinamento, non può essere considerata come una misura di natura esclusivamente sanitaria. (...) L'assegnazione in parola consiste, anzitutto, in una misura limitativa della libertà personale, il che è evidenziato già dalla circostanza che al soggetto interessato può essere legittimamente impedito di allontanarsi dalla REMS. (...) In quanto misura di sicurezza, l'assegnazione alla REMS non può che trovare la peculiare ragione d'essere - a fronte della generalità dei trattamenti sanitari per le malattie mentali - in una specifica funzione di contenimento della pericolosità sociale di chi abbia già commesso un reato, o sia gravemente indiziato di averlo commesso, in una condizione di vizio totale o parziale di mente».

debba per legge essere dimesso dalla struttura ospitante (allo scadere del termine di durata massima della misura).

Sarebbe stato dunque più coerente e rispettoso dei principi costituzionali eliminare definitivamente il concetto di pericolosità sociale, e prevedere l'applicazione della sanzione per un tempo proporzionato agli aspetti oggettivi e soggettivi del fatto commesso, nei termini in precedenza evidenziati²⁴.

La già citata Commissione Pelissero ha tentato di intervenire anche sul concetto di pericolosità sociale; purtroppo, però, senza avanzare una reale critica del sistema sanzionatorio delle misure di sicurezza e del suddetto concetto. Nel 2017, infatti, si propose la riformulazione dell'art. 203 c.p. alla ricerca di una definizione maggiormente specifica e tassativa, che, con particolare riguardo ai soggetti con 'disturbi di mente', consentisse di applicare una misura a contenuto terapeutico solo in presenza di una prognosi di «rilevante probabilità di reiterazione di reati del tipo di quelli già commessi o delitti in danno della persona, contro l'incolumità pubblica o comunque con uso di armi»²⁵. A ben guardare, si è fatto ancora una volta riferimento ad un giudizio prognostico reiterabile nel tempo²⁶; per di più, sia per fatti di particolare allarme sociale che per «reati del tipo di quelli già commessi»: quindi, in buona sostanza, per qualsiasi reato.

A questo punto, seppure parte della dottrina continui a sostenere che non sia opportuno intervenire sul sistema a doppio binario²⁷, si ritiene che soltanto il superamento di quest'ultimo medierebbe le esigenze dello stato di diritto con le istanze dello stato sociale²⁸.

²⁴ Sul punto, v. anche SCHIAFFO, *Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*, cit., 1073-1074.

²⁵ Cfr. Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie, cit.

²⁶ È previsto un meccanismo di riesame annuale della pericolosità, salva sempre la possibilità di rivedere il giudizio in ogni momento. È imposto al giudice di motivare «le ragioni eccezionali che sostengono il prosieguo del ricovero, al fine di garantirne la transitorietà e la possibilità di sostituire la misura con la vigilanza terapeutica», cit.

²⁷ Cfr., ad es. PELISSERO, *op. cit.*, 178, secondo cui sarebbe «difficile e, alla luce delle possibili conseguenze, nemmeno auspicabile il completo abbandono del sistema sanzionatorio penale a doppio binario; è necessario continuare a riservare le misure di sicurezza ai soggetti non imputabili, che in un sistema ancorato al principio di colpevolezza non potrebbero essere mai destinatari di pene, trattandosi di soggetti riconosciuti privi di quella capacità di intendere e volere».

²⁸ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 141-147; Id., *Da Kant al "binario unico"*, in *Critica del Diritto*, vol. 2, luglio-dicembre 2020, 5-10; cfr. CAVALIERE, *Appunti per un dialogo in tema di imputabilità e misure di sicurezza*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di PLANTAMURA - SALCUNI, Pisa 2020, 115: «Con il perpetuarsi del dualismo pena/misura rischia di perpetuarsi l'idea di retribuzione della colpevolezza: mentre l'incolpevole va curato, il colpevole va castigato. Un sistema monistico di sanzioni penali, fondato su un sistema unitario di responsabilità penale, vincolato alla proporzione all'illecito penale realizzato dall'autore e finalizzato sempre a prospettive di reintegrazione sociale, potrebbe condurre al superamento della pena carceraria così com'è, con un processo in qualche modo simmetrico a quello che ha portato dai manicomi criminali e dagli oo.pp.gg. - intesi quale risposta primaria al

Eliminando il binario della misura di sicurezza il trattamento sanzionatorio sarebbe sempre e soltanto proporzionato, nel massimo, alla gravità del reato commesso, sia dall'imputabile che dal non imputabile.

La soluzione prospettata appare la sola coerente con il dettato costituzionale, anche e soprattutto considerata la principale funzione sia della pena (art. 27, co. 3 Cost.) che della misura di sicurezza, entrambe necessariamente orientate al recupero dell'autore di reato²⁹.

Siccome entrambe le sanzioni sono rivolte al raggiungimento dello stesso scopo, il sistema attraverso un binario unico potrebbe perseguire la finalità preventiva nella sua duplice accezione, generale e speciale³⁰. Il criterio di delimitazione dell'intervento dello Stato, sarebbe dato, quindi, dal principio di proporzionalità con il fatto illecito, doloso o colposo, anche in riferimento alla condotta dell'agente non imputabile.

In questo modo, inoltre, ci si lascerebbe alle spalle l'indeterminato concetto di 'pericolosità sociale'; e, al contempo, la difesa dei beni giuridici e la prevenzione dei reati sarebbero intese in termini sinergici e non contrapposti, evitando duplicazioni sanzionatorie o applicazioni sproporzionate della misura di sicurezza³¹.

Tenendo conto del fatto che negli ultimi anni una parte autorevole della dottrina³² ha già teorizzato idonee alternative al sistema del doppio binario; se solo vi fosse la volontà legislativa di farlo si potrebbe ragionare intorno alla possibilità di scelte di politica criminale praticabili e maggiormente rispettose dei principi costituzionali³³.

fatto dell'"infermo di mente" - alle r.e.m.s., concepite come *extrema ratio* rispetto a misure extramurarie».

²⁹ Cfr. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli 1984, 96-97: «Le finalità general preventiva e special preventiva non vanno staticamente individuate rispettivamente nella difesa dei beni giuridici e nella risocializzazione; ma entrambe sono contenute nei due concetti. Infatti la difesa dei beni giuridici va intesa come dialetticamente comprensiva non solo dei momenti sicuramente di prevenzione generale, nel senso di difesa dell'ordinamento attraverso orientamento e intimidazione dei consociati, ma anche di momenti di prevenzione speciale, come quelli relativi all'orientamento ed all'intimidazione individuale, per evitare l'offesa di un concreto bene giuridico, ed alla conseguente sicurezza nei confronti del singolo offensore. D'altronde, la stessa risocializzazione non va vista unicamente in un'ottica di recupero sociale dell'individuo, ma anche nella prospettiva dell'obiettivo vantaggio che la società consegue in virtù di tale recupero: di qui, la sua efficacia in termini anche di prevenzione generale».

³⁰ ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*; cfr. sul punto MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 129.

³¹ Cfr. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 128 ss.

³² Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 146-147; S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 128 ss; cfr. MUSCO, *op. cit.*, 271-285; cfr. PALAZZO, *op. cit.*, 8-11; cfr. PELISSERO, *Misure di sicurezza e Rems: una disciplina a metà del guado*, in AA.VV., *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, cit.; PONTI - MERZAGORA - BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, 350-352.

³³ Sul punto, ad es., v. ancora CAVALIERE, *Appunti per un dialogo in tema di imputabilità e misure di sicurezza*, cit., 115-116.

Date le premesse, sarebbe senza dubbio più coerente prevedere un'unica sanzione penale, differenziata nella fase esecutiva a seconda delle esigenze del singolo individuo, ad esempio di cura laddove necessaria, parametrando la sanzione stessa ad un adeguato e concreto concetto di proporzionalità, i cui criteri di valutazione dovrebbero essere dati dal grado di offesa al bene giuridico e dalle modalità oggettive e soggettive di aggressione.

Come già da tempo osserva autorevole dottrina, si tratterebbe di liberare da ogni presupposto eticizzante e/o securitario la responsabilità penale, superando i concetti di colpevolezza, (in)capacità di intendere e volere e pericolosità sociale, adottando in luogo di essi una categoria della responsabilità personale che comprenda il fatto, doloso o colposo, antiggiuridico, di chiunque, a prescindere dalla sua imputabilità³⁴. Riconoscere a tutti, quindi, il diritto al processo, verificando poi in fase di esecuzione della sanzione, previa valutazione e gestione dei rischi, quali siano gli aspetti trattamentali e terapeutici più appropriati per la singola persona, rispettando così i diritti e la dignità di ogni essere umano.

Laddove imprescindibile, dunque, e comunque per un tempo proporzionato agli aspetti oggettivi e soggettivi del reato commesso, il trattamento medico dovrebbe svolgersi in un 'contesto restrittivo', sia per la garanzia dell'individuo che per quella della collettività.

Inoltre, non si deve trascurare che in taluni casi la 'detenzione' è servente sia alla 'responsabilizzazione' che alla cura del soggetto, entrambe indispensabili e propedeutiche alla sua riabilitazione.

In ipotesi meno gravi, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, invece, dovrebbe sempre prediligersi l'affidamento ai servizi sanitari sul territorio, curando in modo particolarmente intenso il rapporto con il mondo circostante e con il mondo d'origine, dando alla misura stessa una dimensione 'il più aperta' possibile³⁵.

La cura attraverso la 'custodia', infatti, laddove strettamente necessaria, sarebbe auspicabile riservarla ai soli soggetti che si siano resi responsabili di gravi delitti contro la vita, l'incolumità e la libertà di una o più persone, escludendo categoricamente – per legge – dalle strutture ospitanti gli autori 'malati' che offendono beni giuridici differenti.

Al netto delle brevi considerazioni svolte, in ogni caso, per superare realmente l'incultura, ancora dominante, secondo cui il soggetto affetto da disturbi della personalità debba essere 'neutralizzato', occorrerebbe in prima

³⁴ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 146-147. Sul punto, ancora MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 105, secondo cui «Lo stretto collegamento tra diritto penale e morale, nonché la sua ipervalutazione ideologica, collegata all'idea base dell'esistenza di una unitaria comunità socio-statuale d'estrazione cristiana, era comprensibile solo come antitesi all'utilitaristico abuso del diritto penale per le cupe finalità del nazionalsocialismo»; v. anche CAVALIERE, *Misure di sicurezza e doppio binario*, cit., 349 ss.

³⁵ Cfr. MUSCO, *op. cit.*, 284.

istanza opporvi la cultura del primato della persona e della cura, sino a tradurre tutto ciò in concrete scelte di politica criminale e socio-sanitaria.

La collettività dovrebbe essere disposta a sopportare i rischi di una ricaduta nel reato, a fronte di un intervento terapeutico che dovrebbe fornire anche maggiori possibilità di integrazione e di contenimento delle manifestazioni del disturbo psichico³⁶.

Solo in questo modo la misura di sicurezza – divenuta a tutti gli effetti una pena da eseguirsi con modalità terapeutiche e riabilitative, anche in luoghi di detenzione laddove strettamente necessario – diventerebbe uno strumento di tutela del singolo individuo, assolvendo, quindi, anche una funzione di protezione della società³⁷.

³⁶ Così, PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 183.

³⁷ Cfr. MUSCO, *op. cit.*, 285.

La nuova disciplina dell'equo compenso: una buona notizia per i professionisti italiani con particolare riferimento alle importanti ricadute per l'avvocatura

Antonino Galletti*

Sommario: **1.** La nuova disciplina legislativa. **2.** I precedenti interventi in favore dei professionisti. **3.** Le conclusioni.

Il 20 maggio è entrata in vigore la LEGGE 21 aprile 2023, n. 49¹, recante le “*Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*” con la quale viene disciplinato nel nostro ordinamento, per la prima volta in maniera organica, l’istituto dell’equo compenso nei confronti di tutti i professionisti, al fine di garantire una maggiore qualità delle prestazioni professionali, tutelandone la dignità ed il decoro.

Durante la scorsa legislatura si era già arrivati ad un passo dall’approvazione della proposta di legge di iniziativa parlamentare, ma soltanto all’inizio di quella attuale è stato portato a compimento il disegno complessivo di riforma, in linea con la disciplina di cui all’art. 35 Cost. che tutela il lavoro in tutte le sue forme e manifestazioni² (e non soltanto quello dipendente) e che impone di evitare nei confronti dei grandi committenti, clienti “forti” sul mercato, una concorrenza al ribasso da parte dei professionisti, con conseguente svilimento dell’attività professionale e costante aggravamento del triste fenomeno, oramai noto da tempo, di progressiva proletarizzazione delle attività professionali.

* Già Presidente dell’Ordine degli Avvocati di Roma.

¹ Consigliere del Consiglio Nazionale Forense.

La L. 49/2023 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 104 del 5.5.2023.

² Sugli argomenti, si segnala il pregevole scritto di COLAVITTI, *Lavoro povero e lavoro professionale. La riforma dell’equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in corso di pubblicazione, entro il 2023, nel volume che raccoglierà gli esiti della ricerca di cui al progetto “*Working poor N.E.E.D.S.: New Equity, Decent work, and Skills*” (PRIN 2017), nonché i primi commenti pubblicati su Altalex di OCCHIPINTI, *Equo compenso: la guida*, 14.4.2023 e BULGARELLI, *Un nuovo procedimento per recuperare il compenso dell’avvocato*, 20.4.2023.

1. La nuova disciplina legislativa.

Analizzando nel dettaglio il nuovo testo legislativo va segnalato come opportunamente nell'incipit sia contenuta una prima definizione completa dell'istituto in commento, intendendosi come tale *“la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti rispettivamente:*

- a) *per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;*
- b) *per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27;*
- c) *per i professionisti di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dal decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e, successivamente, con cadenza biennale, sentite le associazioni iscritte nell'elenco di cui al comma 7 dell'articolo 2 della medesima legge n. 4 del 2013”* (cfr. art. 1 L. 49/2023).

In sintesi, il compenso è equo soltanto se è proporzionato alla quantità, alla qualità, al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione professionale offerta con la precisazione ulteriore che deve altresì essere conforme alla disciplina, diversa per l'avvocatura, le altre professioni ordinistiche e quelle non ordinistiche, dettata dai ministeri di riferimento per determinare nel *quantum* la misura dei compensi.

Così definito l'equo compenso, il legislatore ha provveduto poi a delimitarne l'ambito di applicazione (art. 2 L. 49/2023) nei confronti di:

- imprese bancarie, assicurative, società da loro controllate o mandatarie ovvero
- imprese che hanno impiegato l'anno precedente più di cinquanta lavoratori o, ancora,
- imprese che hanno avuto ricavi annui superiori ai dieci milioni di Euro e, infine,
- pubbliche amministrazioni e società a partecipazione pubblica³.

³ 1. La legge si applica letteralmente *“ai rapporti professionali aventi ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile regolati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali svolte in favore di imprese bancarie e assicurative nonché delle loro società controllate, delle loro mandatarie e delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro, fermo restando quanto previsto al secondo periodo del comma 3.*

2. *Le disposizioni della presente legge si applicano a ogni tipo di accordo preparatorio o definitivo, purché vincolante per il professionista, le cui clausole sono comunque utilizzate dalle imprese di cui al comma 1.*

3. *Le disposizioni ... si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Esse non si applicano, in ogni caso, alle prestazioni rese dai professionisti in favore di società veicolo di cartolarizzazione né a quelle rese in favore degli agenti della riscossione. Gli agenti della riscossione garantiscono comunque, all'atto del conferimento dell'incarico professionale, la pattuizione di compensi adeguati all'importanza dell'opera, tenendo conto, in ogni caso, dell'eventuale ripetitività della prestazione richiesta”.*

Si tratta di circa cinquantunomila aziende su un totale di sei milioni e di ventisettemila pubbliche amministrazioni⁴.

La previgente disciplina (art. 13-*bis* L. 247/2012⁵) aveva una portata più limitata, applicandosi esclusivamente alle convenzioni predisposte unilateralmente alle “*imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003*”.

Sono rimaste escluse dall'applicazione della nuova legge, per intuibili (anche se non condivisibili) ragioni di bilancio, le società veicolo di cartolarizzazione e gli agenti della riscossione; questi ultimi però devono comunque garantire compensi adeguati che tengano conto della possibile ripetitività delle prestazioni (art. 2 co. 3 L. 49/2023).

Le nuove disposizioni, dunque, si applicano a ogni tipo di accordo preparatorio o definitivo che sia vincolante per il professionista, le cui clausole sono comunque utilizzate dalle imprese sopra meglio individuate.

Il legislatore ha poi sancito (art. 3 L. 49/2023), in via generale, la nullità delle clausole che prevedono un compenso non equo e proporzionato all'opera prestata e, dunque, inferiore ai vari parametri ministeriali vigenti⁶, nonché di quelle che vietino al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che impongano l'anticipazione di spese o, ancora, di quelle che, comunque, attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto o del servizio⁷.

Inoltre, sono state espressamente elencate dal legislatore, a titolo esemplificativo e non esaustivo, altre fattispecie di clausole abusive – all'art. 3 co. 2 lett. da a) a l) – in numero superiore rispetto a quelle già individuate nell'art. 13-*bis* L. 247/2012⁸e con la previsione di una fattispecie specifica dettata per i soli Avvocati (la lett. g).

⁴ La stima è di Giuseppe Latour e Federica Micardi, *Parte l'equo compenso ma restano possibili gli incarichi gratuiti*, Norme & Tributi Lavoro del 19.5.2023.

⁵ L'art. 19-*quaterdecies* del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, recante “*Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*” convertito nella Legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha introdotto il principio dell’“*equo compenso*”, dettandone la disciplina all'art. 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (sull'ordinamento professionale dell'avvocato) ed estendendone gli effetti, “in quanto compatibili”, a tutte le professioni (ordinistiche e non) ed alla pubblica amministrazione (ai sensi dei commi 2 e 3 del citato art. 19-*quaterdecies*).

⁶ All'art. 3 co. 1 è stato stabilito che “*Sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, tenendo conto a tale fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d'opera; sono tali le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale, o ai parametri determinati con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, per la professione forense, o ai parametri fissati con il decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c), della presente legge*”.

⁷ Art. 3 co. 2 primo capoverso: *Sono, altresì, nulle le pattuizioni che vietino al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che impongano l'anticipazione di spese o che, comunque, attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto o del servizio reso, nonché le clausole e le pattuizioni, anche se contenute in documenti contrattuali distinti dalla convenzione, dall'incarico o dall'affidamento tra il cliente e il professionista...*”.

⁸ Ai sensi dell'art. 13 bis L. 247/2012 si consideravano vessatorie le clausole consistenti:

Si tratta, nel dettaglio, delle seguenti tipologie di clausole e pattuizioni che sono nulle anche se contenute in documenti contrattuali distinti dalla convenzione, dall'incarico o dall'affidamento e che consistono:

- a) nella riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto;
- b) nell'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto;
- c) nell'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito;
- d) nell'anticipazione delle spese a carico del professionista;
- e) nella previsione di clausole che impongono al professionista la rinuncia al rimborso delle spese connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione;
- f) nella previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
- g) nel caso di un incarico conferito a un avvocato, nella previsione che, in caso di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte, ovvero solo il minore importo liquidato, nel caso in cui l'importo previsto nella convenzione sia maggiore;
- h) nella previsione che, in caso di un nuovo accordo sostitutivo di un altro precedentemente stipulato con il medesimo cliente, la nuova disciplina in materia di compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nel precedente accordo, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati;
- i) nella previsione che il compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale spetti solo in caso di sottoscrizione del contratto;

- a) nella riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto;
- b) nell'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto;
- c) nell'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve eseguire a titolo gratuito;
- d) nell'anticipazione delle spese della controversia a carico dell'avvocato;
- e) nella previsione di clausole che impongono all'avvocato la rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione;
- f) nella previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
- g) nella previsione che, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte;
- h) nella previsione che, in ipotesi di nuova convenzione sostitutiva di altra precedentemente stipulata con il medesimo cliente, la nuova disciplina sui compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nella precedente convenzione, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati;
- i) nella previsione che il compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale spetti soltanto in caso di sottoscrizione del contratto.

- l) nell'obbligo per il professionista di corrispondere al cliente o a soggetti terzi compensi, corrispettivi o rimborsi connessi all'utilizzo di software, banche di dati, sistemi gestionali, servizi di assistenza tecnica, servizi di formazione e di qualsiasi bene o servizio la cui utilizzazione o fruizione nello svolgimento dell'incarico sia richiesta dal cliente.

Con ovvia previsione il legislatore ha poi ritenuto opportuno specificare (art. 3 co. 3) anche che *“non sono nulle le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che riproducono disposizioni o attuano principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea”*.

La nullità parziale del contratto con riferimento alle pattuizioni abusive opera a vantaggio del solo professionista e può essere fatta valere anche d'ufficio, ovvero su iniziativa del Giudice in corso di causa anche senza che sia stata sollevata alcuna specifica eccezione.

Tutti gli atti ed i contratti posti in essere in violazione della disciplina di legge (e, segnatamente, la convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento, la predisposizione di un elenco di fiduciari o comunque qualsiasi accordo che preveda un compenso inferiore) possono essere impugnati dal professionista innanzi al Tribunale competente per il luogo *“ove egli ha la residenza o il domicilio”*, al fine di far valere la nullità della pattuizione e di chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata (art. 3 co. 5).

Viene così affermata una nuova competenza territoriale del Tribunale che si radica non già nel luogo di residenza del debitore o di stipula del contratto o di esecuzione della prestazione, bensì in quello alternativo ed assai più favorevole dove il professionista risiede ovvero dove ha il domicilio professionale.

Il ruolo pubblicistico dell'Ordine professionale viene addirittura esaltato, laddove il giudice potrà rivolgersi direttamente all'ente pubblico non economico per chiedere un parere sulla congruità della richiesta del professionista.

Il parere di congruità⁹ costituisce elemento di prova delle caratteristiche, dell'urgenza, del pregio dell'attività, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, delle condizioni soggettive del cliente, dei risultati conseguiti, nonché del numero e della complessità delle questioni (giuridiche e di fatto) trattate¹⁰.

Una volta eventualmente accertato e dichiarato il carattere non equo del compenso, il giudice può liquidare la differenza dovuta tra il compenso percepito in concre-

⁹ Per gli avvocati: artt. 13 co. 9 e 29 lett. l L. 247/2012.

¹⁰ Art. 4 co. 6: *“Il tribunale procede alla rideterminazione secondo i parametri previsti dai decreti ministeriali di cui al comma 1 relativi alle attività svolte dal professionista, tenendo conto dell'opera effettivamente prestata e chiedendo, se necessario, al professionista di acquisire dall'ordine o dal collegio a cui è iscritto il parere sulla congruità del compenso o degli onorari, che costituisce elemento di prova sulle caratteristiche, sull'urgenza e sul pregio dell'attività prestata, sull'importanza, sulla natura, sulla difficoltà e sul valore dell'affare, sulle condizioni soggettive del cliente, sui risultati conseguiti, sul numero e sulla complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate.*

In tale procedimento il giudice può avvalersi della consulenza tecnica, ove sia indispensabile ai fini del giudizio”.

to e quello effettivamente dovuto in ragione della applicazione disciplina sull'equo compenso e può anche condannare la parte soccombente ad un vero e proprio indennizzo a beneficio del professionista, quantificato dal legislatore in misura pari al doppio della differenza tra quanto già versato e quanto riconosciuto come dovuto, salvo la prova dell'eventuale maggior danno.

L'indennizzo a vantaggio del professionista¹¹ costituisce una importante novità che, oltretutto, si somma all'ordinario strumento risarcitorio, laddove sussista un danno provato e quantificato in concreto e dovrebbe contribuire a scongiurare pratiche elusive o violative della disciplina.

Agli Ordini professionali è demandato il compito di adottare nuove disposizioni deontologiche¹² nei rispettivi codici etici per scongiurare vere e proprie pratiche di concorrenza sleale mediante corse al ribasso tra gli iscritti¹³, con evidente nocumento per la qualità delle prestazioni, nonché del prestigio e del decoro professionale, sanzionando anche il mancato rispetto da parte del professionista dell'obbligo di "avvertire il cliente" circa la vessatorietà della clausola che gli viene sottoposta per la sottoscrizione (art. 5 co. 5), con ciò volendosi evidentemente costituire un primo efficace deterrente rispetto alla pattuizione di eventuali clausole abusive e inique al quale il professionista può fare riferimento, già durante le trattative per il conferimento del contratto professionale, per evitare di dover soggiacere all'imposizione da parte del cliente forte.

Per quanto concerne l'avvocatura, la giurisprudenza del Consiglio nazionale forense riteneva già sanzionabili, in doverosa applicazione dei principi generali dettati dal vigente codice deontologico, i professionisti che accettavano compensi irrisori, così mortificando la funzione della professione¹⁴ e quelli che aderivano a convenzioni

¹¹ L'art. 4 co. 1, rubricato "Indennizzo in favore del professionista", ha previsto espressamente che "Il giudice che accerta il carattere non equo del compenso ... ridetermina il compenso dovuto ... e condanna il cliente al pagamento della differenza tra l'equo compenso così determinato e quanto già versato al professionista. Il giudice può altresì condannare il cliente al pagamento di un indennizzo in favore del professionista fino al doppio della differenza di cui al primo periodo, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale maggiore danno".

¹² Cfr. art. 5 co. 5: "Gli ordini e i collegi professionali adottano disposizioni deontologiche volte a sanzionare la violazione, da parte del professionista, dell'obbligo di convenire o di prevenire un compenso che sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta e determinati in applicazione dei parametri previsti dai pertinenti decreti ministeriali, nonché a sanzionare la violazione dell'obbligo di avvertire il cliente, nei soli rapporti in cui la convenzione, il contratto o comunque qualsiasi accordo con il cliente siano predisposti esclusivamente dal professionista, che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare in ogni caso, pena la nullità della pattuizione, i criteri stabiliti dalle disposizioni della presente legge".

¹³ Per gli avvocati: cfr. artt. 3 co. 3, 35 co. 1 lett. d), 65 co. 5 della legge di riforma professionale n. 247 del 2012.

¹⁴ Il compenso irrisorio mortifica la funzione della professione forense.

L'onerosità costituisce una componente necessaria dell'incarico difensivo dell'avvocato, giacché il compenso concorre a tutelare, a garanzia dei terzi e del mercato, la serietà e l'indipendenza della funzione forense. Conseguentemente, l'accettazione di un incarico professionale comportante un compenso onnicomprensivo irrisorio mortifica la funzione stessa della professione forense, trattandosi di comportamento lesivo del decoro e della dignità che devono caratterizzare le attività dell'avvocato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Merli), sentenza del 28 dicembre 2017, n. 245

pubbliche violative della disciplina sull'equo compenso¹⁵, affermando altresì il principio del doveroso adeguamento del compenso professionale al criterio di proporzionalità¹⁶ e sancendo che i principi cardine nel rapporto tra professionista e cliente consistono nel doveroso rispetto nella determinazione convenzionale del compenso dei criteri generali di lealtà, probità e correttezza e nella conformità del *quantum* a canoni di adeguatezza e proporzionalità rispetto alla prestazione professionale¹⁷.

Di recente erano dovute intervenire le Sezioni Unite della Suprema Corte (con la sentenza n. 19427/2021) per riaffermare la perdurante vigenza nell'ordinamento forense dei pareri di congruità che, d'ora innanzi costituiranno addirittura titolo esecutivo di matrice provvedimentoale e, dunque, amministrativa¹⁸, senza necessità di esperire il preventivo procedimento monitorio ex art. 633 e ss. c.p.c. ovvero di avviare il giudizio

¹⁵ Illecito aderire a Convenzioni pubbliche che violano l'equo compenso.

L'adesione dell'avvocato ad una Convenzione che preveda compensi irrisori costituisce illecito disciplinare, in quanto lesivo del decoro e della dignità della categoria cui appartiene (Nel caso di specie, trattavasi di Convenzione del Comune che prevedeva un compenso di euro 17, accessori compresi, per ciascun giudizio patrocinato davanti al Giudice di Pace nei procedimenti di opposizione ai verbali relativi ad accertate violazioni del CdS e ad altre violazioni amministrative). Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Marullo Di Condojanni), sentenza del 28 dicembre 2017, n. 246.

¹⁶ Compenso professionale e criterio di proporzionalità.

Nei rapporti tra avvocato e cliente, sussiste sempre la possibilità di concreto adeguamento del compenso al valore effettivo e sostanziale della controversia, ove sia ravvisabile una manifesta sproporzione con quello derivante dall'applicazione delle norme del codice di rito, in armonia con il principio generale di proporzionalità ed adeguatezza del compenso stesso all'opera professionale effettivamente prestata.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco), sentenza del 24 novembre 2016, n. 337 e, in senso conforme, sul principio che il criterio di proporzionalità di cui all'art. 29 ncdf (già art. 43 cdf) non possa essere derogato neppure convenzionalmente, cioè con il consenso del cliente, cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Savi), sentenza del 7 marzo 2016, n. 44, nonché Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Pisano), sentenza del 20 marzo 2014, n. 42, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio, Rel. Pisano), sentenza del 20 febbraio 2013, n. 9, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Morlino), sentenza del 19 febbraio 2014, n. 3.

¹⁷ I due principi cardine che regolano i rapporti tra avvocato e cliente/parte assistita in tema di compenso professionale sono:

a) rispetto, sempre e comunque, nella determinazione convenzionale del compenso dei canoni di lealtà, probità e correttezza (art. 6 CDF previgente e, ora, art. 9 nuovo CDF);

b) conformità del compenso liberamente pattuito *inter partes* a canoni di adeguatezza e proporzionalità rispetto all'attività professionale svolta o da svolgere (artt. 43 e 45 CDF previgente e, ora, 29, quarto comma, in relazione all'art. 25, primo comma, nuovo CDF).

La proporzione e la ragionevolezza nella pattuizione del compenso rimangono l'essenza comportamentale richiesta all'avvocato, indipendentemente dalle modalità di determinazione del corrispettivo (Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 206 del 2022).

¹⁸ Cfr. art. 474, co. 2, n. 1 c.p.c.

di cui all'art. 14 del D.Lgs. 150/2011¹⁹, ma legittimando l'avvio immediato dell'azione esecutiva con l'atto di precetto a condizione che nel procedimento amministrativo, preordinato all'emissione del parere, sia stato doverosamente rispettato il principio del contraddittorio e, quindi, del giusto procedimento (artt. 3, 24 97, 113 Cost., nonché il Capo III della L. 241/90 s.m.i.), con facoltà del debitore di formulare opposizione nel termine di quaranta giorni dalla notificazione del parere (art. 7 L. 49/2023²⁰).

È inutile soffermarsi sull'evidente vantaggio per il professionista che potrà "saltare" la fase, dispendiosa e connotata spesso da inutili lungaggini processuali, del procedimento monitorio; tant'è che sarebbe utile ed opportuno un intervento correttivo del legislatore per affermare la portata generale della disposizione in questione anche a fini deflattivi del contenzioso, senza limitarne l'applicazione nei limiti della speciale disciplina sull'equo compenso, non giustificandosi nella fattispecie un diverso trattamento processuale a seconda della tipologia del cliente-debitore (se cliente forte o meno).

La nuova disciplina viene incontro alle esigenze del professionista anche per quanto concerne l'onere probatorio mediante l'introduzione di una presunzione semplice in base alla quale gli accordi, preparatori o definitivi, vincolanti per il professionista, devono essere considerati unilateralmente predisposti dal contraente forte, salva prova contraria (art. 5 co. 1)²¹.

Circa la prescrizione del diritto al compenso è stato previsto che questa inizi a decorrere soltanto dal momento in cui cessa il rapporto col contraente forte e, in caso di pluralità di prestazioni, decorre dal giorno del compimento dell'ultima, tranne il caso di prestazioni aventi carattere periodico (art. 5 co.2)²².

¹⁹ Tale disciplina dettata dall'art. 14 D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150 ha sostituito il procedimento previsto dall'art. 28 della L. 13 giugno 1942, n. 794: sul punto v. Cass. 19 febbraio 2020, n. 4247.

²⁰ L'Art. 7, rubricato "pareri di congruità con efficacia di titolo esecutivo" ha stabilito quanto segue:

1. *In alternativa alle procedure di cui agli articoli 633 e seguenti del codice di procedura civile e di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, il parere di congruità emesso dall'ordine o dal collegio professionale sul compenso o sugli onorari richiesti dal professionista costituisce titolo esecutivo, anche per tutte le spese sostenute e documentate, se rilasciato nel rispetto della procedura di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e se il debitore non propone opposizione innanzi all'autorità giudiziaria, ai sensi dell'articolo 281-undecies del codice di procedura civile, entro quaranta giorni dalla notificazione del parere stesso a cura del professionista.*

2. *Il giudizio di opposizione si svolge davanti al giudice competente per materia e per valore del luogo nel cui circondario ha sede l'ordine o il collegio professionale che ha emesso il parere di cui al comma 1 del presente articolo e, in quanto compatibile, nelle forme di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.*

²¹ Art. 5 co. 1: "Gli accordi preparatori o definitivi, purché vincolanti per il professionista, conclusi tra i professionisti e le imprese di cui all'articolo 2 si presumono unilateralmente predisposti dalle imprese stesse, salva prova contraria".

²² Art. 5 co. 2: *La prescrizione del diritto del professionista al pagamento dell'onorario decorre dal momento in cui, per qualsiasi causa, cessa il rapporto con l'impresa In caso di una pluralità di prestazioni rese a seguito di un unico incarico, convenzione, contratto, esito di gara, predisposizione di un elenco di fiduciari o affidamento e non aventi carattere periodico, la prescrizione decorre dal giorno del compimento dell'ultima prestazione. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle convenzioni di cui all'articolo 2 si applicano le disposizioni del codice civile".*

Nella legge “riappare” qui la definizione del compenso professionale quale “onorario” che sembrava essere destinata alla definitiva scomparsa con l’abrogazione del sistema tariffario.

Anche tale disposizione appare di indubbio vantaggio per la certezza dei rapporti giuridici e per il professionista (oltre che per il suo assicuratore), laddove viene opportunamente superata la consolidata prassi giurisprudenziale che fissa la decorrenza del termine prescrizione dal momento in cui si manifesta all’esterno o diviene percepibile il danno²³.

Anche con riferimento a siffatta disposizione appare auspicabile un prossimo intervento legislativo ovvero l’affermazione di una nuova giurisprudenza che ne estenda la portata oltre la disciplina sull’equo compenso.

Il legislatore ha poi previsto che i parametri di riferimento delle prestazioni professionali debbano essere aggiornati ogni due anni su proposta dei Consigli nazionali degli ordini o collegi professionali i quali avranno dunque l’onere di non attendere fideisticamente un intervento *motu proprio* ministeriale, ma potranno/dovranno nel prevedibile caso di inerzia esperire l’azione giurisdizionale amministrativa, avviando gli ordinari rimedi avverso il silenzio (art. 31 codice del processo amministrativo e art. 2 della legge sulla trasparenza ed il procedimento amministrativo n. 241 del 1990); diversamente, si tratterà della previsione legislativa dell’ennesimo termine ordinatorio la cui (purtroppo prevedibile) inosservanza resterà priva di conseguenze.

I consigli nazionali poi potranno adottare “*modelli standard di convenzioni*” con le imprese che, dunque, rispettandoli, potranno – ovviamente – confidare nella presunzione semplice (art. 2727 c.c.) di equità del trattamento riservato ai professionisti dei quali si avvalgono (art. 6).

Ai medesimi enti nazionali viene poi riconosciuto finalmente il diritto di promuovere azioni di classe²⁴ (ai sensi del titolo VIII-*bis* del libro quarto del codice di procedura civile), insieme alle associazioni maggiormente rappresentative, per tutelare i diritti individuali omogenei dei propri iscritti: i Consigli nazionali, infatti, sono legittimati ad adire l’autorità giudiziaria competente qualora ravvisino violazioni delle disposizioni vigenti in materia di equo compenso (artt. 5 co. 4, 9).

La previsione appare utile ed opportuna per rendere operativo l’intero assetto della disciplina legislativa, laddove in concreto il professionista ben difficilmente, in costanza del rapporto professionale, potrebbe essere indotto a contrapporsi al cliente forte che gli ha imposto la pattuizione abusiva, proprio per il timore che questi poi possa rivolgersi per il futuro ad altri.

Infine, il legislatore ha previsto opportunamente l’istituzione di un osservatorio nazionale, variamente composto, con funzioni consultive, propositive e di monitoraggio sull’applicazione in concreto delle nuove disposizioni (art. 10 L. 49/2023²⁵);

²³ Cfr. Cass civ. sez. III, ordinanza 3 novembre 2020, n. 24270.

²⁴ Cfr. art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. e artt. 140-*ter* ss. del codice del consumo di cui al D.Lgs. 206/2005.

²⁵ Cfr. art. 10, rubricato “*Osservatorio nazionale sull’equo compenso*”:

1. Al fine di vigilare sull’osservanza delle disposizioni di cui alla presente ... è istituito, presso il Ministero della giustizia, l’Osservatorio nazionale sull’equo compenso, di seguito denominato «Osservatorio».

2. L’Osservatorio è composto da un rappresentante nominato dal Ministero del lavoro e delle

tra i compiti dell'Osservatorio vi è quello di riferire annualmente alle Camere al fine di consentire eventuali interventi correttivi e migliorativi del testo.

2. I precedenti interventi in favore dei professionisti.

Ricordiamo tutti come già il legislatore era intervenuto nel dicembre 2017 a dettare una disciplina di tutela per la parte debole del contratto professionale di fronte ai grandi committenti (banche, assicurazioni e poi anche e pubbliche amministrazioni), individuando un numero chiuso di clausole vessatorie che determinavano l'invalidità parziale del contratto (cfr. art. 19-*quaterdecies* del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148), così sanzionando le imposizioni più odiose di frequente presenti nei contratti che i clienti forti imponevano ai professionisti, senza possibilità di preventiva ed effettiva negoziazione.

Anche talune Regioni virtuose erano intervenute, successivamente al legislatore nazionale, per garantire l'applicazione in ambito territoriale della disciplina legislativa (per esempio, la Regione Lazio con la legge n. 6 del 2019²⁶ e, prima ancora, la Regione Toscana e la Regione Puglia) nei confronti della amministrazione regionale, degli enti strumentali e delle società controllate.

Col nuovo testo normativo sembra che finalmente il legislatore abbia fatto tesoro della pessima esperienza delle presunte liberalizzazioni che nel 2006 (col DL 223/2006, c.d. decreto Bersani²⁷) avevano determinato l'abrogazione dei minimi tariffari e nel 2009 (col DL 1/2012 c.d. Cresci Italia del governo Monti²⁸) l'abrogazione per intero del sistema tariffario, poi sostituito dai nuovi parametri ministeriali per la

politiche sociali, da un rappresentante per ciascuno dei Consigli nazionali degli ordini professionali, da cinque rappresentanti, individuati dal Ministero delle imprese e del made in Italy, per le associazioni di professionisti non iscritti a ordini e collegi, di cui al comma 7 dell'articolo 2 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, ed è presieduto dal Ministro della giustizia o da un suo delegato.

3. È compito dell'Osservatorio:

- a) esprimere pareri, ove richiesto, sugli schemi di atti normativi che riguardano i criteri di determinazione dell'equo compenso e la disciplina delle convenzioni di cui all'articolo 2;
- b) formulare proposte nelle materie di cui alla lettera a);
- c) segnalare al Ministro della giustizia eventuali condotte o prassi applicative o interpretative in contrasto con le disposizioni in materia di equo compenso e di tutela dei professionisti dalle clausole vessatorie.

4. L'Osservatorio è nominato con decreto del Ministro della giustizia e dura in carica tre anni.

5. Ai componenti dell'Osservatorio non spetta alcun compenso, gettone di presenza, rimborso di spese o altro emolumento comunque denominato e a qualsiasi titolo dovuto.

6. L'Osservatorio presenta alle Camere, entro il 30 settembre di ogni anno, una relazione sulla propria attività di vigilanza.

²⁶ Si tratta della L. R. Lazio 12 aprile 2019, n. 6, recante "disposizioni in materia di equo compenso e di tutela delle prestazioni professionali" pubblicata in BUR, n. 31 del 16 aprile 2019.

²⁷ DECRETO-LEGGE 4 luglio 2006, n. 223, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale": cfr. art. 2 "Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali".

²⁸ DECRETO-LEGGE 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività": cfr. art. 9 (Disposizioni sulle professioni regolamentate): 1. Sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico.

determinazione dei compensi in assenza di accordo tra le parti (da ultimo, per quanto concerne gli avvocati, il vigente DM 10.3.2014, n. 55²⁹, aggiornato col DM 13.8.2022, n. 147³⁰, che ha sostituito il primo DM 20.7.2012, n. 140³¹).

In effetti, di tali interventi hanno beneficiato in concreto i soggetti già forti sul mercato e perciò in grado di dettare ed imporre modalità e termini di ingaggio anche nei confronti dei professionisti, rimasti privi finanche di quel minimo di tutela che era assicurata dal sistema tariffario previgente.

Non a caso, negli ultimi anni abbiamo assistito ad un mutamento di rotta³² opportuno e doveroso da parte del legislatore con l'introduzione di tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale (la legge n. 81 del 2017 ovvero il c.d. jobs act degli autonomi³³) e della previgente disciplina sull'equo compenso del 2017 che, per quanto concerne l'avvocatura, aveva portato anche alla introduzione dell'art. 13-bis inserito nella legge di riforma professionale forense n. 247 del 2012³⁴ e la cui applicazione era poi stata estesa a beneficio di tutti i professionisti e resa cogente in via di principio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Peraltro, l'intervento legislativo³⁵ si era reso necessario e non più differibile anche in ragione di una giurisprudenza amministrativa oramai costantemente sfavorevole ai professionisti che predicava la legittimità finanche del lavoro gratuito a beneficio delle pubbliche amministrazioni (Cons. St., sez. Quinta, sentenza n. 4614/2017) anche dopo l'introduzione nel dicembre 2017 della previgente disciplina sull'equo compenso (Cons. St., sez. Quarta, sentenza 7442/2021, dove il valore patrimoniale della prestazione viene individuato nell'immaginario godimento di una sorta di "ritorno di immagine" e, ancora, Cons. St., sez. Quinta, sentenza n. 2084/2023³⁶), evidentemente

²⁹ DECRETO 10 marzo 2014, n. 55, recante il "*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247*".

³⁰ DECRETO 13 agosto 2022, n. 147, recante il "*Regolamento recante modifiche al decreto 10 marzo 2014, n. 55, concernente la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247*".

³¹ DECRETO 20 luglio 2012, n. 140, recante il "*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27*".

³² Cfr. anche Cass. Civ., sez. lav., 27 settembre 2010, n. 20269 che ha esteso la rivalutazione monetaria automatica dei crediti di lavoro anche ai professionisti "convenzionati".

³³ LEGGE 22 maggio 2017, n. 81, recante "*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*".

³⁴ *L'articolo 13-bis è stato inserito dall' art. 19-quaterdecies, comma 1, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172.*

L'estensione dell'applicabilità delle previsioni dell'art. 13 anche ad altri casi è stata prevista dall' art. 19-quaterdecies, commi 2 e 4-bis del medesimo D.L. n. 148/2017, come modificato dall' art. 1, comma 488, L. 27 dicembre 2017, n. 205.

³⁵ Nel nostro ordinamento, peraltro, si ricordano altri strumenti per la protezione del contraente debole come, per esempio, gli artt. 1341 e 1342 c.c. in materia di clausole vessatorie e l'art. 36 del codice del consumo.

³⁶ In tale decisione il Consiglio di Stato ribadisce il principio secondo il quale "*la normativa*

obliterando la circostanza che già la disciplina del codice civile del '42 prevedeva opportunamente che la misura del compenso dovesse essere adeguata *“all'importanza dell'opera ed al decoro della professione”* (cfr. art. 2233 co. 2 e, prima ancora, art. 2060 c.c.).

Da allora per i professionisti italiani sono stati fatti molti passi indietro almeno fino alla lenta inversione di tendenza (prima culturale e poi) legislativa alla quale abbiamo fatto cenno e nell'ambito della quale si inserisce a pieno titolo la “nuova” disciplina in materia di equo compenso, con la previsione di sanzioni (civili e deontologiche) rispetto a fattispecie di evidente abuso contrattuale ai danni del professionista, correttamente inquadrato dal legislatore come la parte debole del rapporto negoziale nei confronti della grande impresa e dell'Amministrazione, così come è comprovato dalla perdurante crisi reddituale che è da tempo uno dei problemi più avvertiti dai professionisti italiani insieme a quello del malfunzionamento dell'amministrazione (a partire da quella giudiziaria).

Con riferimento all'avvocatura, per esempio, il recente rapporto del CENSIS elaborato per conto della Cassa forense ha evidenziato come oltre centomila avvocati si collochino al di sotto di un reddito annuo di ventimila Euro (su un totale di duecento-quarantamila iscritti all'ente previdenziale) e come persista un significativo divario di genere, evidenziato da un reddito medio degli uomini superiore al doppio di quello delle donne.

3. Le conclusioni.

La nuova disciplina legislativa avanza di molto la soglia di tutela del professionista laddove egli sia parte debole del rapporto contrattuale rispetto ai grandi committenti, ma restano talune criticità irrisolte³⁷.

Abbiamo già segnalato l'opportunità di chiarire, se necessario con ulteriori interventi normativi, la portata applicativa generale delle disposizioni in tema parere di congruità con efficacia di titolo esecutivo e di prescrizione, ma è destinata a creare problemi anche la inapplicabilità *ex tunc* delle previsioni di favore alle convenzioni già in essere³⁸, col rischio perciò che i clienti forti continuino ad avvalersene, evitando di stipulare nuovi accordi che sarebbero inevitabilmente assoggettati alla nuova regolamentazione di gran lunga più favorevole al professionista.

sull'equo compenso sta a significare soltanto che, laddove il compenso sia previsto, lo stesso debba necessariamente essere equo, mentre non può ricavarsi dalla disposizione (l'ulteriore e assai diverso corollario) che lo stesso debba essere sempre previsto. Pertanto, la disciplina... ha completato e colmato quello scarto negativo che, nel tempo e a causa di svariati fattori, ha provocato nel settore delle libere professioni una deminutio di tutela per coloro che prestano attività professionale al di fuori degli schemi tipici del rapporto dipendente e della tutela costituzionale salariale e retributiva”.

³⁷ Cfr. CLARICH - FONDERICO, *Equo compenso: luci ed ombre di una novella contro gli squilibri*, in *Guida al diritto*, n. 19 del 20.5.2023.

³⁸ Cfr. Art. 11, recante le *“Disposizioni transitorie”*: 1. *Le disposizioni della presente legge non si applicano alle convenzioni in corso, sottoscritte prima della data di entrata in vigore della medesima legge.*

Tuttavia, per i nuovi incarichi professionali, sia pure riferiti a convenzioni preesistenti, potrebbe estendersi, in via interpretativa, l'applicazione della disciplina di nuovo conio e certamente resta vigente la tutela già offerta dal legislatore nel dicembre 2017 ed abrogata espressamente con l'entrata in vigore del nuovo articolato normativo³⁹.

Con riferimento poi agli incarichi di amministrazioni pubbliche o soggetti comunque tenuti all'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici⁴⁰ (stazioni appaltanti ed enti concedenti) occorre prestare particolare attenzione alla disciplina di cui all'art. 8 del codice che, nel ribadire il principio dell'autonomia contrattuale delle PP.AA. per il raggiungimento dei propri fini istituzionali, ha opportunamente fissato il principio generale del divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito, *“salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione”*, imponendosi però anche in tali (speriamo remote) fattispecie che *“la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso”*⁴¹.

Ebbene, la nuova disciplina sull'equo compenso dovrebbe finalmente garantire l'azzeramento delle ipotesi di lavoro intellettuale gratuito a beneficio delle amministrazioni in ragione dei noti principi sull'efficacia della legge nel tempo (art. 11 preleggi) per cui la legge successiva abroga, anche tacitamente o implicitamente, quella precedente con essa incompatibile ed in considerazione della circostanza ulteriore per cui il codice dei contratti stesso ha previsto la prevalenza, per il principio di specialità, della disciplina dettata in materia di equo compenso.

Del resto, sarebbe illogico che le Amministrazioni dello Stato, anziché dare, per così dire, il buon esempio, consentano a beneficio di sé medesime quanto invece è stato vietato dal legislatore ai grandi committenti privati⁴².

Ora sarà compito dei singoli professionisti, degli Ordini e dei collegi professionali (territoriali e nazionali) e delle associazioni di categoria attivarsi immediatamente per

³⁹ Cfr. art. 12 L. 49/2023.

⁴⁰ DECRETO LEGISLATIVO 31 marzo 2023, n. 36, recante il Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici in 77 del 31.3.2023 ed in vigore dal 1.4.2023.

⁴¹ Articolo 8. Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito.

1. Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge.

2. Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.

3. Le pubbliche amministrazioni possono ricevere per donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara. Restano ferme le disposizioni del codice civile in materia di forma, revocazione e azione di riduzione delle donazioni.

⁴² Con la previgente disciplina del 2017 il Consiglio di Stato aveva ritenuto che *“nei rapporti con la P.A. il principio dell'equo compenso... non è finalizzato a proteggere l'avvocato quale parte debole del rapporto, ma è preordinato ancora prima a garantire l'interesse pubblico ad acquisire servizi di qualità in luogo di una difesa purchessia”*, salvo poi osservare che *“l'interesse ad assumere incarichi per l'Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall'adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense”*.

difendere in tutte le sedi, anche giudiziarie, la portata applicativa del nuovo istituto di carattere generale offerto dal legislatore per evitare che il tema resti una mera affermazione di principio ed oggetto di studio ed approfondimento solo in astratto nell'ambito di dibattiti e convegni di studi.

Al riguardo, sarebbe opportuno prendere esempio dalla costante attività di monitoraggio e contrasto in sede procedimentale e, laddove necessario, anche di impugnativa in sede giurisdizionale sostenuta meritevolmente sino ad oggi soltanto da taluni (pochi) Ordini professionali nei confronti di bandi ed avvisi illegittimi già durante la vigenza della previgente disciplina sull'equo compenso⁴³.

⁴³ Cfr. TAR Campania, sez. Prima, sentenza n. 1114/2022 e TAR Campania, sez. Sesta, sentenza n. 7037/2022.

L'appello dell'imputato assente: un diritto costituzionale sottoposto a nuovi ostacoli

Francesco Compagna*

Sommario: 1. I nuovi presupposti del processo in assenza. - 2. L'impugnazione nell'interesse dell'assente. - 3. La rilevanza costituzionale del diritto all'appello. - 4. L'impropria "discriminazione" dell'assente. - 5. Mandato ad impugnare e difesa di ufficio. - 6. L'irragionevolezza della disciplina di diritto intertemporale. - 7. La palese inadeguatezza del rimedio "compensativo".

1. I nuovi presupposti del processo in assenza.

Come è noto, la c.d. Riforma Cartabia è intervenuta anche sui presupposti sottesi alla dichiarazione di assenza dell'imputato, nel tentativo di superare i rilievi costituzionali e convenzionali afferenti ad un processo *in absentia* ancora caratterizzato da residui profili di incertezza sull'effettiva conoscenza dell'accusa da parte dell'imputato.

In questo senso, il frequente svolgimento di giudizi dibattimentali a carico di imputati del tutto ignari della pendenza del processo, o quantomeno del suo effettivo sviluppo, non può non indurre ad attente riflessioni, anche sotto il profilo sociale e criminologico, sul corretto funzionamento dei meccanismi processuali afferenti alla dichiarazione o elezione di domicilio, oltre che alle successive notifiche.

Il delicato tema afferente all'effettiva conoscenza dell'accusa e della successiva evoluzione del relativo procedimento appare peraltro destinato ad assumere, se possibile, un rilievo ancora maggiore nell'ambito di un impianto riformatore teso a valorizzare ulteriormente le "scelte personali" dell'imputato, non soltanto ai fini dell'accesso ai riti alternativi e dell'eventuale rinuncia ad appellare la sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio abbreviato (ottenendo in tal modo una riduzione di un sesto della pena inflittagli), ma anche con riferimento alla possibile richiesta di messa alla prova ed a quella di sostituzione della pena detentiva irrogata all'esito del primo grado di giudizio con il lavoro di pubblica utilità, con la detenzione domiciliare o con la semilibertà.

Oltre a costituire il presupposto ineludibile di un giusto processo, la conoscenza dell'accusa ed il tempestivo accesso a tutte le informazioni afferenti al relativo proce-

* Avvocato del Foro di Roma.
Componente del Direttivo della Camera penale di Roma.

dimento rappresentano pertanto, all'esito della riforma, anche una condizione assolutamente necessaria in vista di una auspicata definizione della vicenda processuale che tenga in debito conto anche le funzioni della pena.

A fronte della richiamata esigenza rivisitazione del sistema delle notifiche e dei presupposti per la dichiarazione di assenza, la nuova disciplina non sembra tuttavia brillare per semplicità e chiarezza, atteso che – in mancanza di una notifica a mani proprie dell'imputato o di soggetto all'uopo delegato – la valutazione giudiziale in merito alla *“conoscenza della pendenza del processo”* resta comunque affidata ad una serie di indici: *“il giudice tiene conto delle modalità della notificazione, degli atti compiuti dall'imputato prima dell'udienza, della nomina di un difensore di fiducia e di ogni altra circostanza rilevante”*.

Inoltre, anche a prescindere dai criteri di valutazione enunciati, il disposto dell'attuale art. 420-*bis*, secondo comma, c.p.p. lascia aperti alcuni margini di ambiguità anche rispetto a quanto deve costituire oggetto di conoscenza da parte dell'imputato, determinando una possibile sovrapposizione fra il dato informativo relativo alla precedente apertura di un procedimento penale e quello afferente invece alla sopravvenuta pendenza di un vero e proprio processo, rispetto al quale dovrebbe poi assumere decisivo rilievo proprio la contezza dell'accusa in esso elevata.

Se si considera che le Sezioni Unite avevano già avuto modo di sottolineare che la consapevolezza del processo può ritenersi garantita solo dalla conoscenza di un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* contenente l'indicazione dell'accusa formulata (oltre che della data e del luogo di svolgimento del giudizio), l'intervento normativo apparentemente finalizzato a recepire le suddette indicazioni giurisprudenziali non risulta invece altrettanto esplicito.

Inoltre, almeno rispetto ai soggetti più fragili e meno inseriti nel contesto sociale, spesso addirittura privi di una dimora agevolmente identificabile, il problema relativo alla validità ed alla completezza dell'elezione di domicilio (che verrà loro comunque sollecitata dalla polizia giudiziaria alla prima occasione utile) continuerà purtroppo a rappresentare la vera cartina di tornasole della riforma.

In questo senso, un'eventuale elezione di domicilio presso il difensore di fiducia che dovesse essere intervenuta in fase di indagini rischia ad esempio di determinare, proprio alla luce dei criteri indicati dall'art. 420-*bis* c.p.p., la possibile reviviscenza di un rigido meccanismo presuntivo.

Di conseguenza, il dettato normativo richiamato non sembra scongiurare definitivamente il rischio che si continuino a celebrare *“in assenza”* molteplici processi nei confronti di imputati inconsapevoli, come purtroppo già avvenuto a seguito dei precedenti interventi riformatori.

2. L'impugnazione nell'interesse dell'assente.

Nel quadro appena tratteggiato, il legislatore è invece intervenuto in modo assai netto sulle condizioni di ammissibilità dell'impugnazione proposta dal difensore nell'interesse dell'imputato assente, onerando quest'ultimo del rilascio di un apposito mandato e determinando in tal modo una evidente asimmetria rispetto all'imputato presente.

Secondo la relazione del Massimario, il presupposto logico dell'art. 581, comma 1-*quater*, c.p. sarebbe da ricondurre alla *“esigenza di selezionare in entrata le im-*

pugnazioni, caducando quelle che non siano espressione di una scelta ponderata e rinnovata, in limine impugnationis, ad opera della parte”.

Proprio per evitare che il difensore dell'imputato assente possa eventualmente proporre un'impugnazione non corrispondente ad una “scelta ponderata e rinnovata” del suo assistito verrebbe pertanto introdotta, quale preliminare condizione di ammissibilità dell'impugnazione proposta dal difensore il necessario deposito di uno “specifico mandato ad impugnare rilasciato dopo la pronuncia della condanna e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio”.

Considerato che l'intervento riformatore ha invece tenuto ferma la possibilità dell'imputato assente di avvalersi di un procuratore speciale (anche anteriormente indicato) ai fini dell'eventuale successiva impugnazione, la nuova disposizione introdotta appare esplicitamente rivolta a limitare la precipua legittimazione del difensore, imponendo di fatto all'assente una esplicita rinnovazione del rapporto fiduciario, destinato altrimenti a decadere proprio con la pronuncia di una sentenza di condanna.

Eppure, il sistema delineato dall'art. 571 c.p.p. continua a riconoscere al difensore dell'imputato “al momento del deposito del provvedimento” una piena ed autonoma legittimazione a “proporre impugnazione” nell'interesse del medesimo. Lungi dall'intervenire sulla norma attinente alla legittimazione del difensore, come sarebbe apparso a questo punto più coerente, il legislatore ha ritenuto pertanto di introdurre *ex nihilo* la necessità di uno “specifico mandato ad impugnare” all'interno di un articolo teso viceversa a regolamentare la sola “forma” dell'impugnazione.

A prescindere dalle evidenti incongruenze sistematiche, la scelta legislativa lascia in tal modo trasparire la meditata previsione di un vero e proprio ostacolo (di natura meramente “formale”) rispetto alla normale estrinsecazione delle facoltà difensive ed una malcelata diffidenza nei confronti della difesa tecnica, della quale saranno purtroppo destinati a fare le spese proprio gli imputati più fragili.

3. La rilevanza costituzionale del diritto all'appello.

In via preliminare, è allora appena il caso di sottolineare – ad ulteriore riscontro della rilevanza e della delicatezza della questione – che l'impugnazione della sentenza di condanna rappresenta all'evidenza una delle componenti essenziali del diritto di difesa, non a caso garantito dall'art. 24 Cost. in relazione ai diversi “gradi” del procedimento.

Allo stesso modo, nel riconoscere il valore costituzionale della presunzione di non colpevolezza, l'art. 27 Cost. evoca espressamente il presupposto della “definitività” dell'eventuale condanna, con evidente richiamo proprio al possibile ribaltamento – nei gradi successivi – dell'ingiusta sentenza che dovesse essere stata pronunciata in primo grado nei confronti dell'imputato.

Sotto altro aspetto, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari sancito dall'art. 111 Cost. trova a sua volta fondamentale corollario nella successiva possibilità di verifica della legittimità dei medesimi, a maggior ragione a fronte di eventuali decisioni di “condanna” che incidono direttamente sulla libertà dei cittadini.

Pur in mancanza di un esplicito riconoscimento formale all'interno degli art. 24, 27 e 111 Cost. (che richiama espressamente il solo ricorso per cassazione), la Corte Costituzionale ha avuto modo di sottolineare che “il potere di impugnazione dell'imputato

si correla al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 Cost.), che ne accresce la forza di resistenza al cospetto di sollecitazioni di segno inverso (sentenze n. 274 del 2009, n. 26 del 2007 e n. 98 del 1994)", richiamando altresì le diverse fonti sovranazionali tese a garantire "il diritto a far riesaminare la decisione da una giurisdizione superiore, o di seconda istanza" proprio "a favore della persona dichiarata colpevole o condannata per un reato" (in questi termini, Corte Cost. n. 34 del 2020).

4. L'impropria "discriminazione" dell'assente.

La rilevanza costituzionale del diritto all'impugnazione sembra pertanto imporre un'attenta valutazione delle relative "condizioni", non solo sotto il profilo della loro intrinseca ragionevolezza, ma anche con riferimento alla loro effettiva coerenza sistemica. Anche sotto tali profili, l'art. 581, comma 1-*quater*, c.p.p. sembra inevitabilmente prestarsi ad una pluralità di rilievi critici, destinati a porre seriamente in dubbio la legittimità della norma.

Laddove la richiamata esigenza di una ponderata scelta dell'imputato avesse davvero rappresentato la *ratio* sottesa all'intervento normativo in questione, la previsione di uno specifico mandato ad impugnare avrebbe infatti dovuto trovare la sua naturale applicazione anche con riferimento all'imputato presente, il quale ben potrebbe avere presenziato ad una singola udienza o magari semplicemente rilasciato, al suo difensore, una procura speciale per accedere a riti alternativi.

Non potendosi oggettivamente ravvisare alcuna diversità di condizione fra l'imputato assente e l'imputato presente in relazione alla comune possibilità di conoscere (o meno) l'avvenuta emissione di una sentenza di condanna, oltre che alla piena validità ed efficacia del mandato difensivo, l'esigenza di "partecipazione" formalmente enunciata lascia in realtà trasparire delle implicazioni completamente diverse, tali da integrare una ingiustificata limitazione della possibilità affidarsi alla difesa tecnica, ai fini dell'impugnazione, da parte del solo imputato assente.

Eppure, la Corte Costituzionale aveva già avuto modo di richiamare anni addietro le insuperabili indicazioni fornite dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la risoluzione del 21 maggio 1975, n. 11, con la quale erano state espressamente individuate le garanzie da assicurare all'imputato assente "*stabilendo, tra le «regole minime», che «ogni persona giudicata in sua assenza deve poter impugnare la decisione con tutti i mezzi di gravame che le sarebbero consentiti qualora fosse stata presente»*" (Corte Cost. sentenza n. 317/2009).

5. Mandato ad impugnare e difesa di ufficio.

Oltre a determinare evidenti profili di frizione con la necessaria continuità della difesa fiduciaria, rispetto alla quale viene ora introdotta una sostanziale "cesura", senza che "l'assente" venga al contempo reso edotto della sentenza di condanna pronunciata a suo carico, l'impostazione richiamata sembra poi determinare una precisa limitazione della difesa d'ufficio al solo primo grado di giudizio.

Per l'imputato assente che sia stato assistito in primo grado da un difensore nominatogli "d'ufficio", l'ostacolo di natura meramente "formale" è destinato infatti a rivelarsi pressoché insuperabile proprio in ragione della particolare natura del mandato

defensionale, come tale del tutto slegato da qualsiasi rapporto elettivo e doverosamente esercitato anche in mancanza di qualsiasi contatto con l'assistito.

Da un lato, si continua quindi a garantire astrattamente la difesa tecnica nei diversi gradi di giudizio, come previsto dall'art. 24 Cost., dall'altro, si prevede invece "in concreto" una sostanziale inappellabilità delle sentenze di condanna pronunciate nei confronti di imputati assenti che siano stati assistiti da difensori d'ufficio, nella piena consapevolezza che proprio tali imputati sono spesso destinati a rimanere del tutto ignari della pronuncia di primo grado, a differenza di quanto avveniva in passato attraverso la notifica dell'estratto contumaciale.

6. L'irragionevolezza della disciplina di diritto intertemporale.

A prescindere dall'effettivo raggiungimento dei risultati auspicati, sui quali sarà possibile addivenire ad una valutazione più consapevole solo alla prova dei fatti, non vi è dubbio che i presupposti del processo *in absentia* abbiano comunque subito, come si è avuto modo di rilevare in premessa, una esplicita rivisitazione in chiave garantista.

Tuttavia, proprio per tale motivo, appare allora del tutto irragionevole anche il contenuto della norma di diritto intertemporale riguardante il mandato ad impugnare.

Alcune delle motivazioni addotte nel tentativo di giustificare la limitazione del potere di impugnazione del difensore dell'imputato assente ponevano infatti in evidenza proprio la contestuale valorizzazione di una diretta partecipazione dell'imputato al giudizio di primo grado, o quantomeno la garanzia di una sua reale conoscenza dell'accusa mossa a suo carico nell'ambito del procedimento in questione.

Ciò nonostante, il legislatore ha viceversa inteso affermare l'immediata applicabilità dell'art. 581, comma 1-*quater* c.p.p. anche nei confronti degli imputati che fossero stati dichiarati "assenti" sulla base della pregressa disciplina, individuando quale unico parametro di riferimento la data della sentenza.

7. La palese inadeguatezza del rimedio "compensativo".

Proprio l'evidente lesione del diritto di difesa potenzialmente prodotta da una simile disciplina ha verosimilmente indotto il legislatore ad estendere l'applicazione delle disposizioni dell'art. 175, nuovo comma 2.1, c.p.p. a parziale "compensazione" del maggior onere previsto per l'impugnazione "ordinaria" dall'art. 581, comma 1-*quater* mediante il possibile ricorso ad un rimedio *post iudicatum*.

Il richiamato istituto "compensativo" mostra tuttavia di pretermettere gli inevitabili pregiudizi in termini di libertà personale, correlati ai rimedi *post iudicatum*, i quali, in ogni caso, potranno essere eventualmente attivati solo in un momento nel quale sarà verosimilmente già iniziata, per effetto del formale passaggio in giudicato della sentenza, l'esecuzione della pena detentiva.

Sulle ragioni della sua assenza, ovvero sull'effettiva celebrazione a suo carico di un giusto processo, l'imputato si troverà pertanto ad interloquire dal carcere molto più spesso di quanto non accadesse finora.

Questioni problematiche in materia di concorso di persone nel delitto di diffamazione a mezzo internet*

Mattia Romano**

Sommario: **1.** La diffamazione *online* e a mezzo *social network*. – **2.** La responsabilità penale dei *providers*. – **3.** La responsabilità penale del *blogger* e del moderatore di *forum*. – **4.** Una possibile soluzione: la diffamazione come reato permanente.

ABSTRACT

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di analizzare le problematiche legate al concorso di persone nel delitto di diffamazione a mezzo *internet*. In primo luogo, l'Autore si prodiga ad analizzare la responsabilità penale dei fornitori di servizi *internet* e dei *social network* per i contenuti diffamatori pubblicati dagli utenti. Successivamente, procede con l'analisi della responsabilità penale per il delitto di diffamazione del *blogger* e del moderatore di *forum*. Infine, viene presentata una possibile soluzione per affrontare le problematiche correlate alla configurazione del concorso di persone in materia *de qua*, ipotizzando la qualificazione del delitto di diffamazione quale reato permanente.

This contribution aims to analyze the issues related to the complicity of individuals in the crime of defamation through the internet. Firstly, the author examines the problem concerning the criminal liability of internet service providers and social networks for defamatory content published by users. Subsequently, the article conduces an analysis on the criminal responsibility for the offense of defamation concerning bloggers and forum moderators. Finally, a possible solution is presented to address the issues associated with the configuration of complicity in this matter, considering the qualification of defamation as a permanent crime.

1. La diffamazione *online* e a mezzo *social network*.

Nell'era digitale la diffamazione ha innegabilmente assunto una nuova dimensione con la conseguenza che, almeno in linea teorica, la relativa normativa avrebbe dovuto adeguarsi a tali più che rilevanti mutamenti.

* Il presente contributo inedito è tratto dai lavori preparatori per la tesi di dottorato dell'Autore, Corso di Dottorato in Medium e Medialità – Università degli Studi e-Campus.

** Primo segretario della XLII Conferenza dei Giovani Avvocati di Roma e dottorando di ricerca in diritto penale.

Se, infatti, prima del diffondersi della rete e dei *social media*, essa trovava terreno fertile nei mezzi di comunicazione tradizionali come giornali, radio e televisione, oggi ha assunto una portata senza precedenti e può raggiungere un ancor più vasto pubblico in pochissimo tempo.

La diffamazione nell'era digitale può assumere le più disparate forme, potendosi estrinsecare *inpost* sui *social media*, commenti *online*, *blog*, recensioni false e diffusione di informazioni errate tramite messaggi di testo o *e-mail*.

La natura immediata e pervasiva della comunicazione digitale consente a queste informazioni dannose di diffondersi rapidamente e raggiungere un vasto pubblico in tutto il mondo.

Inoltre, l'anonimato relativo su *internet* può incoraggiare alcune persone a diffondere propalazioni diffamatorie senza temere conseguenze legali.

Conseguentemente, le condotte diffamatorie nell'era digitale determinano delle problematiche inedite e hanno fatto sì che alcune piattaforme di *social media* abbiano dovuto adottare politiche *ad hoc* e si siano dovute dotare di procedure per fronteggiare le condotte diffamatorie dei propri utenti, approntando dei canali per la segnalazione dei contenuti diffamatori onde provvedere alla rimozione degli stessi.

Nonostante tali sforzi per contrastare le propalazioni diffamatorie permangono delle rilevanti problematiche in ragione della necessità dell'accorto bilanciamento che si rende necessario tra libera espressione e la protezione della reputazione onde garantire un ambiente *online* sicuro e rispettoso.

A ciò si aggiunge che in assenza di un *corpus* normativo disciplinante la materia del *web*, il diffuso utilizzo di *internet* ha sollevato problemi di primario rilievo afferenti, in particolar modo, all'estensibilità della disciplina prevista per la stampa e la radio-televisione¹.

Più specificamente, l'estesa diffusione dell'utilizzo della rete, con la possibilità di accedervi da parte di chiunque vi sia interessato², ha costretto la giurisprudenza a verificare - *ut amplius infra* - quali fra le norme vigenti in materia di diffamazione possano trovare applicazione nel rispetto del principio di tassatività nell'applicazione della norma penale³.

Bisogna, peraltro, prestare particolare cautela nell'analisi di ciascun mezzo di comunicazione che sfrutti la rete in quanto gli stessi sono assai eterogenei fra loro e, dunque, non possono essere assoggettati semplicisticamente ad una disciplina comune e generalizzata⁴.

¹ CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, CEDAM, 2000, 259.

² CHIMENTI, *Informazione e televisione. La libertà vigilata*, Laterza, 2000, 16, osserva a tal riguardo che «poiché *internet* è una rete il cui utilizzo è libero, aperto a tutti, e l'accesso è facilitato da procedure molto semplici, in tempi brevi la Rete è destinata a diventare il primo mezzo di informazione mondiale», così vasto a tal punto che «ogni strumento di controllo da parte dei singoli ordinamenti statati appare inadeguato».

³ V. PEZZELLA, *La diffamazione*, UTET, 2020, 402.

⁴ La Corte ha, peraltro, evidenziato come le modalità di commissione della fattispecie possano essere integrate fruendo degli strumenti più eterogenei e variegati fra loro: «il messaggio viene inoltrato a destinatari molteplici e diversi, per esempio attraverso la funzione di *forward* o a gruppi di *Whatsapp*, su *Twitter* o *Facebook* [...]», cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 22 gennaio 2014 n. 16712; Cass. pen., Sez. V, 19 settembre 2011, n. 46504.

Basti pensare che laddove la propalazione diffamatoria sia commessa mediante diffusione *online*, magari sotto forma di pubblicazione di un *post* su uno degli innumerevoli *social network* utilizzati quotidianamente dalla gran parte dei consociati questa avrà un'attitudine lesiva dell'onorabilità tendenzialmente maggiore rispetto all'inoltro di un messaggio su una *chat* di gruppo su uno degli svariati applicativi di messaggistica istantanea che hanno sostituito gli oramai obsoleti S.M.S., condotta questa che, per converso, avrà una minore attitudine a ledere il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, in quanto trattasi di strumenti in grado di raggiungere un numero di consociati inferiore rispetto a quello dei *social network*.

Tali nuovi strumenti determinano, dunque, a ben vedere, nuove modalità di commissione della condotta del delitto di cui all'art. 595 c.p. che, lo si rammenta, è una fattispecie a forma libera sicché ogni contegno atto a ledere l'altrui onorabilità determina l'integrazione della fattispecie. Sul punto, ancorché non vi fossero particolari dubbi a riguardo, la Suprema Corte di Cassazione⁵ ha precisato che «il reato di diffamazione, attraverso cui si lede il bene giuridico costituito dall'altrui reputazione, ben può compiersi anche attraverso la rete».

Come anticipato, nel silenzio del legislatore, dottrina e giurisprudenza sono state chiamate a risolvere in via ermeneutica diversi nodi problematici, primo fra tutti quello afferente all'applicabilità della disciplina della stampa anche alle comunicazioni *online*⁶che, per questioni di opportunità, non sarà oggetto di analisi nel presente contributo.

Il tema su cui, per converso, si intende soffermarsi attiene alla possibilità di contestare il concorso nel delitto di diffamazione a mezzo *web* nei confronti di soggetti i quali, pur non avendo in prima persona diffuso le propalazioni lesive dell'altrui onorabilità abbiano – in un certo qual senso – manifestato la propria approvazione rispetto alle stesse o, in maniera ancor più grave, avendone la possibilità abbiano omesso di rimuoverle dalla rete.

Quanto a tale ultima ipotesi va osservato come dovrebbe ritenersi possibile il concorso solo laddove il soggetto titolare del potere di rimozione del contenuto digitale avente carattere diffamatorio avesse effettivamente contezza della presenza e della portata di tale propalazione e, ciononostante, avesse scientemente deciso di non rimuoverlo⁷.

Differente è la questione relativa al soggetto che abbia meramente manifestato il proprio “apprezzamento” rispetto alle condotte diffamatorie.

In particolare, occorre interrogarsi se la mera apposizione di un “*like*” possa integrare o meno una condotta concorsuale nel delitto diffamazione.

Va, infatti, evidenziato come tale condotta sia sovente non tanto sintomatica di una piena condivisione del contenuto quanto piuttosto figlia di una mera prassi di apposizione acritica e leggera del “sostegno” ai *post* altrui.

⁵ Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 4741 del 17/11/2000 – Rv. 217745.

⁶ FUMO, *La diffamazione mediatica*, UTET, 2012, 44.

⁷ In dottrina cfr. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, 154 e in giurisprudenza cfr. *ex plurimis*, Trib. Vallo della Lucania, GUP, 24 febbraio 2016, n. 22.

Sicché, quantomeno sotto il profilo dell'elemento soggettivo, parrebbe assai difficoltoso l'accertamento del dolo di concorso del soggetto che si sia limitato ad apporre un "mi piace" sul contenuto lesivo dell'altrui onorabilità.

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, invece, pare opportuno osservare come la rilevanza di tale condotta ai fini dell'integrazione del concorso parrebbe mal conciliarsi con la natura di reato istantaneo del delitto di diffamazione.

Infatti, secondo la lettura fino ad oggi resa dalla giurisprudenza e dalla maggior dottrina, la lesione del bene giuridico dovrebbe ritenersi determinatasi nel momento in cui il contenuto viene diffuso e, dunque, la condotta del soggetto che a posteriori si limiti ad apporre un *like* senza condividere il contenuto dovrebbe ritenersi un mero *post factum* non determinante una nuova ed ulteriore lesione del bene giuridico già compromesso.

Differentemente opinando, per ritenere rilevante tale condotta ai fini di concorso dovrebbe accedersi alla tesi essendo il bene giuridico dell'onorabilità, all'evidenza, "comprimibile" la lesione della reputazione altrui potrebbe ritenersi protratta nel tempo, sotto forma di reato permanente.

Sicché la condotta del soggetto che pur potendo non rimuova un articolo diffamatorio o che apponga il proprio *like* sullo stesso, determinandone una maggiore diffusione, cagionando una protrazione della lesione dell'onorabilità è del tutto assimilabile ad una adesione alla condotta delittuosa dell'autore a titolo di concorso.

2. La responsabilità penale dei providers.

Negli ultimi decenni, l'esplosione delle comunicazioni *online* ha portato a un aumento esponenziale della quantità di dati e informazioni scambiati attraverso la rete.

Tuttavia, questa crescita ha anche portato con sé una serie di sfide legali e sociali, tra cui la questione della responsabilità degli *Internet Service Provider* (ISP) per i contenuti trasmessi attraverso le loro reti.

Gli ISP svolgono un ruolo fondamentale nella facilitazione dell'accesso alla rete, ma la loro posizione privilegiata ha anche sollevato preoccupazioni sulla loro responsabilità per i contenuti che passano attraverso le loro infrastrutture.

Si ravvisano diversi approcci alla questione della responsabilità degli ISP, con alcune giurisdizioni che impongono maggiori doveri in capo agli ISP e altre che ne minimizzano la responsabilità.

Questa tematica continua a suscitare interesse e dibattito in tutto il mondo, poiché la regolamentazione degli ISP e la loro responsabilità per i contenuti trasmessi attraverso le loro reti sono importanti per garantire un ambiente online sicuro e legale.

In via preliminare, appare opportuno premettere che ad avviso della dottrina⁸ e della giurisprudenza «quando una notizia risulti immessa sui cc.dd. media, vale a dire

⁸ PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite*, cit., 288 ss., nonché SPAGNOLETTI, *Profili problematici del reato di diffamazione a mezzo internet*, in *Giur. merito*, 2003, 1622; e seppure con diverse sfumature NISTICÒ, *Sui reati contro l'onore per via telematica*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 57 ss.; DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in RUGGERI - PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

nei mezzi di comunicazione di massa (cartacei, radiofonici, televisivi, telematici ecc.), la diffusione della stessa, secondo un criterio che la nozione stessa di ‘pubblicazione’ impone, deve presumersi, fino a prova del contrario»⁹.

Conseguentemente, non paiono permanere dubbi circa l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 595, comma 3, c.p., in quanto fa genericamente riferimento a “qualsiasi altro mezzo di pubblicità”, alla rete, in quanto la stessa rappresenta per certo un sistema di divulgazione delle informazioni *ad incertas personas*.

Maggiori e ben più complesse sono le problematiche concernenti l'accertamento del ruolo e la eventuale responsabilità penale di coloro che gestiscono servizi interattivi tramite cui soggetti terzi possano immettere e rendere accessibili al pubblico informazioni, sotto forma di testi, disegni o immagini, aventi contenuto illecito.

Occorre, in particolare, interrogarsi circa la possibilità o meno di configurare una responsabilità commissiva mediante omissione degli ISP, a norma degli artt. 110 c.p. e 40 cpv. c.p.¹⁰.

Infatti, per l'ascrizione di una responsabilità a titolo di concorso omissivo è preliminarmente necessario accertare la sussistenza di una eventuale posizione di garanzia, cui è subordinata l'operatività della clausola di equivalenza prevista dall'art. 40 cpv. c.p.

Sicché bisognerà verificare se l'ISP sia effettivamente dotato di un obbligo giuridico di impedire determinati fatti di reato o del potere/dovere di rimuovere specifici contenuti lesivi dell'altrui onorabilità.

È, infatti, certo che i *providers* possano rispondere degli illeciti posti in essere in prima persona – basti pensare al c.d. *content provider*, che fornisce personalmente dei contenuti mentre è ben più complesso verificare la possibilità che gli stessi possano rispondere del fatto illecito altrui, posto in essere avvalendosi delle infrastrutture di comunicazione del *network provider*, del *server* dell'*access provider*, del sito creato sul *server* dell'*host provider*, dei servizi dei *service provider* o delle pagine memorizzate temporaneamente dai *cache-providers*.

Prima di analizzare le responsabilità di tali soggetti, mette conto evidenziare come il quadro normativo di riferimento della disciplina in parola debba essere rinvenuto nel decreto legislativo n. 70/2003, emanato in attuazione della Direttiva Europea sul commercio elettronico 2000/31/CE, afferente agli aspetti giuridici della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

All'art. 7 di tale atto normativo vengono definiti ISP quali «fornitori di servizi in internet» mentre all'art. 2 viene chiarito che per servizi della società dell'informazione si intendono le attività economiche svolte *online* nonché i servizi indicati dalla L. n. 317/1986, art. 1, comma 1, lett. b, cioè qualunque servizio di regola retribuito, a distanza, in via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Tra queste prestazioni rientrano, a titolo esemplificativo, la fornitura dell'accesso ad *internet* e a caselle di posta elettronica.

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. V., 25 luglio 2006, n. 25875, con nota di MACRILLÒ, *Presunzione iuris tantum di pubblicazione e prova del delitto di diffamazione con ilmezzodellarete telematica*, in *Dir. Internet*, 2007, 166.

¹⁰ GRASSO, *Ilreatoomissivo improprio*, Giuffrè, 1983.

Ma quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione è quanto sancito dall'art. 15 della citata direttiva 2000/31/CE e, conseguentemente, dall'art. 17 del D.Lgs. 70/2003, per cui «nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

Parrebbe esser stata, dunque, sancita al livello normativo l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza *ex ante* in capo ai *providers*.

Non appare, infatti, in alcun modo possibile desumere tale obbligo da fonti differenti.

In primo luogo, infatti, va rilevato come l'art. 57 c.p. sia un istituto pensato dal legislatore quale applicabile a soggetti del tutto differenti e unicamente in materia di stampa, sicché l'eventuale applicazione dello stesso agli ISP si risolverebbe in una evidente analogia *in malam partem* vietata, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., nel nostro ordinamento¹¹.

In secondo luogo, simili obblighi non paiono neppure desumibili dalle norme in materia di protezione dei dati personali, che sono state emanate a copertura di comportamenti del tutto differenti rispetto alle condotte di diffamazione¹².

Né, infine, è prevista una responsabilità di carattere generale dei *providers*, ad opera del D.Lgs. 70/2003, quando svolgono servizi di *mere conduit*, ai sensi dell'art. 12 della direttiva, consistente nel trasporto dei dati, di *caching*, ai sensi dell'art. 13, consistente nella memorizzazione temporanea, e di *hosting*, ai sensi dell'art. 14, consistente nella memorizzazione duratura dei dati.

Come parzialmente anticipato, l'attività di *mere conduit* consiste nel semplice trasporto di dati e concerne tanto la trasmissione di informazioni fornite da un destinatario del servizio – si pensi ad una email inviata da un utente – quanto il fornire un accesso ad *internet*.

Trattasi, in altri termini, il ruolo svolto dall'*access provider*, il quale non sarà responsabile per il contenuto delle informazioni trasmesse telematicamente qualora sussistano tre condizioni negative.

In specie, questi, in primo luogo, non deve dare origine alla trasmissione; in secondo luogo non deve selezionare il destinatario della trasmissione; infine, non deve selezionare né modificare le informazioni trasmesse¹³.

¹¹ RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissezfaire ed obblighi di controllo*, in *Giust. di merito*, 2004, 1719; PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giustizia di merito*, 2010, 2232; GATTI, *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *Guida al diritto*, 2010, 25, 8.

¹² PARODI - CALICE, *Responsabilità penale e internet*, Giuffrè, 2001, 35.

¹³ BOLOGNINI - D'AVIRRO - D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 135.

In tal caso, il *provider* limitandosi ad un ruolo meramente passivo di semplice trasmissione tecnica, non può ritenersi responsabile del contenuto delle informazioni che transitano tramite il servizio offerto.

Tuttavia, la direttiva non esclude la possibilità che ciascun ordinamento possa, come ha fatto l'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 14, comma 3, D.Lgs. 70/2003, prevedere che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa pretendano che il fornitore impedisca o ponga fine alla violazione perpetrata tramite il servizio prestato.

Il servizio di *caching* consiste, invece, nella memorizzazione automatica, intermedia e temporanea dei dati, sotto forma di file *cache*, effettuata al solo scopo di rendere più efficace la sua successiva trasmissione ad altri destinatari del servizio.

In relazione a tale successivo inoltre il fornitore è responsabile esclusivamente ove interferisca con le informazioni memorizzate ovvero non proceda alla rimozione dei dati memorizzati non appena venga effettivamente a conoscenza della circostanza che queste sono state rimosse dal luogo di origine o che verranno presto da questo rimosse¹⁴.

Appare, dunque, chiaro che la citata direttiva UE non impone a dette categorie di *provider* né un obbligo generale di sorveglianza *ex ante* né alcun obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Differente e ben più complessa è invece la posizione dei c.d. *hosting providers*.

La medesima normativa impone, infatti, a detti *providers* di informare prontamente degli illeciti rilevati le autorità competenti e a condividere con le stesse ogni informazione che possa aiutare a identificare l'autore della violazione.

Nel caso in cui tali soggetti non provvedano a collaborare con le autorità si avrà la possibilità di riconoscere gli stessi civilmente responsabili dei danni provocati.

Questa ipotesi di responsabilità *ex post* dell'ISP trova il proprio referente normativo nell'art. 14, comma 1, lett. b) della citata direttiva e nell'art. 16 del D.Lgs. 73/2003, per cui i c.d. *hosting provider* sarebbero responsabili in quanto forniscono agli utenti uno spazio telematico da gestire.

Questi saranno, tuttavia, responsabili solo nel caso in cui siano effettivamente a conoscenza della presenza di un contenuto illecito sui propri *server* e ciononostante omettano di rimuoverlo.

Sotto il profilo strettamente penalistico ivi d'interesse, come anticipato in premessa, si potrebbe ipotizzare una responsabilità dell'ISP per concorso omissivo nel reato commissivo dell'utente.

Sul punto, tanto la giurisprudenza penale quanto quella civile ha individuato, in una pluralità di pronunce, nella previsione dell'art. 14 della Direttiva Europea e, dunque, dell'art. 16 del D.Lgs. 70/2003, la fonte di un obbligo d'impedimento a carico degli ISP, legittimante un'imputazione di responsabilità degli stessi a titolo concorsuale¹⁵.

È stato, tuttavia, opportunamente osservato come la suddetta norma parrebbe imporre la necessità – ai fini di una responsabilità penale del *provider* – del dolo diret-

¹⁴ STEA, *La responsabilità penale dell'internet provider*, in *Giurisprudenza penale*, 2016.

¹⁵ *Ex aliis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 2016, n. 54946.

to con riferimento alla conoscenza del portato diffamatorio del contenuto presente in rete, con conseguente limitazione del ricorso alla categoria del dolo eventuale¹⁶.

Lo sviluppo giurisprudenziale sul tema, però, non è stato accompagnato da modifiche del testo normativo di riferimento, dimostratosi ormai inadeguato alla materia che si prefigge di regolare, sicché la sola giurisprudenza e non anche la normativa si è evoluta parallelamente ai cambiamenti tecnologici verificatisi nel corso degli anni¹⁷.

La frammentarietà delle fonti e degli interventi in materia, infatti, non rende affatto semplice un'analisi sistematica delle fattispecie che vedono coinvolte le diverse tipologie di *provider* e l'atipicità delle loro attività, che – come sopra si è detto – presentano dinamiche e problematiche differenti.

La più evidente distinzione può essere effettuata tra i motori di ricerca, quali Google, Bing etc..., e i gestori dei siti sorgente e di piattaforme *online*, quali Facebook, Instagram, LinkedIn o YouTube, che ospitano o trasmettono i contenuti organizzati e messi a disposizione dal motore di ricerca.

Sicché in applicazione delle sopra riportate regole generali, i fornitori dei servizi *internet* potranno concorrere nel delitto di diffamazione solo laddove emerga la prova che gli stessi abbiano dolosamente inteso scientemente diffondere la propalazione altrui consci che la stessa fosse lesiva dell'altrui onorabilità.

Medesime conclusioni possono trarsi con riferimento ai titolari di siti *internet* i quali ben possono essere chiamati a rispondere per i *link* ivi riportati laddove emerga che gli stessi abbiano inteso fungere da cassa di risonanza per la notizia diffamatoria¹⁸.

In altri termini, tutti detti *provider*, pur non avendo alcun obbligo di vigilanza, potranno tuttavia essere chiamati a rispondere penalmente dell'omessa rimozione laddove, in seguito ad una precipua segnalazione, non si siano attivati per la cancellazione del contenuto¹⁹.

L'argomento in parola ha, peraltro, interessato altresì la Corte E.D.U., che ha avuto modo di chiarire che non sia possibile attribuire automaticamente una responsabilità ai gestori dei siti in quanto ciò parrebbe avere degli effetti negativi sulla libertà d'espressione, dovendosi dunque ritenere più opportuno limitare la tendenza generale alla responsabilizzazione degli intermediari²⁰.

Conclusivamente, allo stato, parrebbe che il *provider* possa essere chiamato a rispondere dei contributi di cui è direttamente autore o, a titolo di concorso, laddo-

¹⁶ In tal senso, cfr. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 2523; BOLOGNINI - A. D'AVIRRO - M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 138.

¹⁷ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo* in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2017, n. 1, 34.

¹⁸ BERLINI - LA GUMINA, *La (non) responsabilità di eBay per gli illeciti commessi dai propri utenti*, in *Dir. Internet*, 2007, n. 4, 342.

¹⁹ BOLOGNINI - A. D'AVIRRO - M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 141.

²⁰ VIMERCATI, *La Corte di Strasburgo torna sulla responsabilità del gestore del sito: il caso Rolf Anders Phil c. Svezia*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2017, n. 1, 152.

ve abbia offerto un qualsivoglia contributo attivo²¹ (che per taluno potrebbe essere integrato anche dalla consapevole omessa rimozione del contenuto diffamatorio), mentre maggiormente dubbia è la possibilità che lo stesso sia chiamato a rispondere della fattispecie omissiva impropria in quanto non parrebbe sussistere alcun dovere di sorveglianza o alcuna posizione di garanzia in capo all'ISP. Preme, peraltro, evidenziare come in dottrina sia stato osservato che alcun rilievo penalistico dovrebbe essere mosso neppure in caso di omessa collaborazione dell'ISP con le autorità e per non aver denunciato gli illeciti di cui ha avuto conoscenza in quanto, almeno allo stato, la violazione di tali obblighi costituirebbe una fonte di responsabilità meramente civilistiche²².

3. La responsabilità penale del *blogger* e del moderatore di *forum*.

Tema parzialmente differente rispetto a quello appena affrontato è quello afferente al gestore di un *blog*.

Tale termine deriva da *weblog*, ossia "traccia su rete" ed è stato ideato da Jorn Barger nel 1997.

La versione tronca *blog* parrebbe esser stata, invece, ideata da Peter Merholz il quale nel 1999 ha usato la frase "*we blog*" nel suo sito, dando origine al verbo "*to blog*".

Sul punto si riscontra una vasta giurisprudenza di merito²³ e di legittimità, parzialmente ondivaga sull'ampiezza delle responsabilità del gestore di tali piattaforme.

Parte della giurisprudenza ha, in particolare, ritenuto che pur non utilizzando la medesima forma semantica per il gestore e proprietario del sito *internet* su cui altri possono inserire i propri commenti «colui che gestisce il blog altro non è che il diretto reresponsabile dello stesso»²⁴.

Nel caso di specie era stato accertato che alcuni messaggi fossero riconducibili alla digitazione del gestore/titolare del *blog* - e, dunque, nel caso in cui gli stessi avessero avuto una qualche attitudine diffamatoria non vi sarebbe stato alcun dubbio circa la responsabilità penale personale del *blogger* - in quanto dallo stesso sottoscritti attraverso uno pseudonimo con il quale era solito firmarsi. Differentemente per altri messaggi, parimenti lesivi della reputazione dei soggetti presi di mira, postati in modo anonimo, l'autore non risultava individuabile.

²¹ In tal senso BOLOGNINI - A. D'AVIRRO - M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 142.

²² INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale*, Giuffrè, 2012, 66.

²³ Trib. Aosta, sent. 26 maggio 2006, n. 553, con nota critica di SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. merito*, 2007, 1065 ss.; GALDIERI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, in *Dir. Internet*, 2006, 486 ss.; Trib. Milano, sent. 18 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1713 ss., con nota di RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez-faire e obblighi di controllo*.

²⁴ Trib. Aosta, sent. 26 maggio 2006, n. 553, in *Giur. merito*, 2007, 1065 ss., con nota critica di SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*.

Il titolare e gestore del *blog* veniva, dunque, tratto a giudizio per rispondere del reato di diffamazione aggravata, per fatto proprio e per non aver impedito che terzi offendessero la reputazione altrui e, all'esito del dibattimento, veniva condannato ai sensi dell'art. 596-*bis* c.p., perché riconosciuto responsabile per aver omesso il dovuto controllo sui post da terzi veicolati tramite il servizio dallo stesso offerto e gestito²⁵.

In specie, il giudice fondava il giudizio di colpevolezza sulla asserita sussistenza in capo al gestore del *blog* di un potere di filtraggio dei contenuti inseriti da soggetti terzi, con conseguente possibilità per lo stesso di cancellare i messaggi dal contenuto illecito.

Partendo da tali premesse si riteneva possibile ritenere sussistente in capo al predetto gestore l'obbligo di adottare le medesime cautele che sono proprie dell'attività di controllo del direttore responsabile, del vice-direttore, dell'editore e dello stampatore del periodico secondo quanto previsto dagli artt. 57 e ss. c.p.

Sicché, in maniera – *ut supra* evidenziato – scarsamente rispettosa del principio di legalità, *internet* e i suoi innumerevoli servizi venivano ritenuti automaticamente assimilabili agli altri mezzi di comunicazione, espressamente indicati dalle norme relative ad altri settori delle comunicazioni²⁶.

Tale impostazione veniva, tuttavia – ad avviso di chi scrive, opportunamente – censurata dalla Corte di Appello di Torino che, in sede di gravame riformava la sentenza di primo grado, assolvendo il gestore del *blog* dalle accuse relative all'omesso impedimento delle condotte poste in essere da soggetti terzi non individuati, ferma restando la condanna a titolo di diffamazione aggravata per i soli *post* allo stesso direttamente riconducibili.

La sentenza di seconde cure muoveva dall'assunto per cui, pur essendo vero che il *blogger* fosse in grado di cancellare i commenti, si sarebbe, in ogni caso, verificata una sostanziale impossibilità tecnica di un vaglio preventivo del contenuto del materiale postato da terzi.

Veniva, infatti, opportunamente osservato come la quantità dei messaggi veicolati in rete da vagliare caso per caso non consente monitoraggi costanti che abbiano efficacia impeditiva dimostrata anche a causa della possibilità di essere costantemente modificati dall'autore., sicché il preteso dovere d'impedimento ritenuto sussistente dal giudice di prime cure sarebbe, per vero, in sostanza inesigibile²⁷.

Peraltro, in maniera correttamente rispettosa del principio di legalità, giudici distrettuali evidenziavano l'inapplicabilità ai fatti commessi *online* delle norme in cui il concetto di stampa atteso che l'attività svolta da coloro che offrono e gestiscono servizi di *chat*, *mailing list*, *forums*, *news groups*, *blogs* presenta differenze strutturali rispetto a quella svolta dal direttore di un giornale al punto da non consentire l'estensione ai primi del precetto di cui all'art. 57 c.p.

²⁵ La vicenda da qua è citata altresì in DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in RUGGERI - PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

²⁶ *Contra*, cfr. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 15 s.

²⁷ FORNASARI, *Il ruolo dell'esigibilità nella definizione della responsabilità penale del Provider*, in PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, 2004, 423ss.

Conseguentemente, pur volendo ritenere l'applicazione analogica della predetta norma – che comunque non sarebbe ammessa in quanto *in malam partem* e in materia penale – non sussisterebbe neppure l'*eadem ratio* giustificativa di tale estensione dell'ambito applicativo dell'istituto invocato.

Per come già evidenziato *supra* nel paragrafo relativo alla diffamazione a mezzo stampa, la disposizione codicistica appena cita ascrive al direttore e al vice-direttore responsabile di un periodico una responsabilità per fatto proprio omissivo per i reati commessi col mezzo della stampa²⁸.

L'operatività di detto istituto deve, dunque, restare perimetrata esclusivamente ai soggetti qualificati che assumono il ruolo indicato a seguito di specifica nomina ai sensi degli artt. 3 e 5 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, in quanto solo in forza di tale funzione essi assumono la qualifica di «garanti della correttezza dell'informazione»²⁹.

Sicché non pare in alcun modo possibile ravvisare in capo al mero gestore di un *blog* quegli obblighi di vigilanza e di sindacato sul materiale e da cui deriva l'obbligo di impedire che con il mezzo della pubblicazione siano commessi reati e che può essere efficacemente espletato mediante una penetrante e capillare verifica sul contenuto della informazione.

D'altra parte, la struttura di un *blog* non è in alcun modo assimilabile a quella di un giornale tradizionalmente inteso, con la conseguenza che quantomeno sotto il profilo dei risvolti penalistici in caso di omesso controllo del materiale ivi caricato da soggetti terzi non pare possibile effettuare alcuna interpretazione estensiva della normativa vigente in materia di stampa.

Più recentemente, in senso conforme alla pronuncia della corte distrettuale sopra riportata, nell'ambito di un procedimento riguardante la pubblicazione di messaggi diffamatori su un *blog*, postati da persone terze, e non tempestivamente rimossi dal gestore del *blog*, la Suprema Corte ha affermato che «il Giudice di primo grado, [...], ha diffusamente argomentato per escludere l'equiparazione del *blog* all'attività di stampa e ha fatto leva su tali principi per negare una responsabilità del gestore di *blog* equiparabile a quella propria del direttore responsabile ex art. 57 cod. pen. [...]. Tale valutazione era del tutto corretta»³⁰.

Sicché il *blogger* dovrà esser ritenuto responsabile per i contenuti pubblicati da terzi ivi presenti solo laddove «presa cognizione della lesività di tali contenuti, li mantiene consapevolmente. In particolare la non tempestiva attivazione da parte del *blogger* al fine di rimuovere i commenti offensivi pubblicati da soggetti terzi sul suo *blog* equivale non al mancato impedimento dell'evento diffamatorio – rilevante ex art. 40, secondo comma, cod. pen., ma alla consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione, con ulteriore replica della offensività dei contenuti pubblicati su un diario che è gestito dal blogger stesso»³¹.

²⁸ In tal senso, cfr. ROMANO, *sub art. 57*, in ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, vol. I, 616, per cui l'art. 57 prevede un'ipotesi speciale di agevolazione colposa geneticamente dipendente dalla condotta dell'autore dell'articolo a contenuto illecito.

²⁹ DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in RUGGERI - PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

³⁰ Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 2929.

³¹ Cass. pen., sez. V, 20 marzo 2019, n. 12546.

In altri termini la Corte di Cassazione ha confermato che i titolari di siti *web*, da una parte non possono essere chiamati a rispondere del reato di cui all'art. 57 c.p., ma, dall'altra, al verificarsi di determinate condizioni, possono rispondere a titolo di concorso nel delitto di diffamazione aggravata commesso dall'utente che ha diffuso il contributo offensivo, laddove ne condividono il contenuto non provvedendo tempestivamente alla sua cancellazione³², ravvisandosi un contributo concorsuale sia morale sia materiale del gestore alla realizzazione del fatto illecito da parte dell'autore del *post*.

Tale approccio appare pienamente coerente con il quadro dell'ordinamento costituzionale e del tutto rispetto del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost.³³ e del divieto di analogia in *malam partem*³⁴, in quanto esclude che l'attività di chi gestisce siti *web* e *blog* soggiaccia alla regolamentazione prevista dalla legge 47/1948 in materia di stampa.

Una volta chiarita la posizione del gestore del *blog*, preme evidenziare come le medesime considerazioni siano spendibili anche con riferimento al moderatore di *forum*.

Anche in tal caso, infatti, paiono difettare del tutto i presupposti per l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 57 c.p., sicché anche il soggetto in parola potrà essere chiamato a rispondere unicamente a titolo di concorso doloso nella diffamazione posta in essere dal soggetto che abbia in concreto effettuato la propalazione lesiva dell'altrui onorabilità³⁵.

Sul punto, infatti, si riscontra un orientamento concorde della maggior dottrina³⁶ e della giurisprudenza di legittimità³⁷ secondo cui l'amministratore di un sito *internet*, al pari del *blogger* e al pari del moderatore di un *forum* non può essere ritenuto in alcun modo equiparabile al direttore di una testata, cartacea o telematica che sia, in ragione della evidente differenza tra i suddetti strumenti di comunicazione.

Sicché, pur essendovi stato un *revirement* circa l'applicabilità dell'art. 57 ai direttori di testate telematiche non sarà, in ogni caso, possibile contestare l'omesso controllo a soggetti differenti rispetto a quelli espressamente previsti dalla disposizione richiamata.

Questi potranno, tuttavia, chiaramente rispondere a titolo di concorso in quanto la non tempestiva attivazione del *blogger* o del moderatore di un *forum* ai fini della rimozione di un contenuto può essere valutata quale un contributo – a cavallo tra il

³² Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2021, n. 7220

³³ SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito* e in *Dir. Internet*, 2006, 1071, nonché GALDIERI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, in *Dir. Internet*, 2006, 490.

³⁴ TABARELLI DE FATIS, *La controversa disciplina penale della diffamazione tramite Internet*, in *Dir. inf.*, 2001, 314 e 317; DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in RUGGERI - PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011, 54.

³⁵ BOLOGNINI - A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 149.

³⁶ *Ex plurimis*, PEDULLÀ, *L'amministratore di un sito internet non è responsabile i sensi dell'art. 57 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 2, 3744.

³⁷ *Ex aliis*, Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 16751; Cass. pen., Sez. V, 10 luglio 2016, n. 54946.

commissivo e l'omissivo – causalmente determinate una «replica dell'offensività dei contenuti pubblicati»³⁸.

Sul punto, chi scrive ritiene di condividere – in gran parte – quanto recentemente affermato dalla Suprema Corte in materia *de qua*³⁹ che ha avuto modo di evidenziare come per l'accertamento di un concorso omissivo nel reato commissivo altrui occorre la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento determinato dall'esistenza di una posizione di garanzia.

Com'è noto, le *condictiones sine qua non* per la ricorrenza di una posizione di garanzia sono l'esistenza di un bene giuridico che necessiti di essere protetto, di una fonte giuridica – anche negoziale – posta a tutela dello stesso, l'individuazione di soggetti dotati di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito⁴⁰.

Sicché, ai fini dell'operatività della cosiddetta clausola di equivalenza di cui all'art. 40 capoverso del codice penale, nell'accertamento degli obblighi impeditivi gravanti sul soggetto che versa in posizione di garanzia sarà necessario considerare la fonte da cui promana l'obbligo giuridico d'impedimento, che può essere la legge, il contratto, la precedente attività svolta o altra fonte obbligante⁴¹.

Nel caso tanto del *blogger* quanto in quello del moderatore del *forum* non pare, invece, configurabile una posizione di garanzia atteso che tali soggetti non sono investite da alcuna fonte di poteri giuridici impeditivi di eventi offensivi di beni altrui.

Ne consegue che la non tempestiva attivazione da parte del ricorrente al fine di rimuovere i commenti offensivi pubblicati da soggetti terzi sul suo blog debba essere equiparata ad una sostanziale consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione.

Le medesime conclusioni sono state raggiunte dalla giurisprudenza di legittimità in materia responsabilità di un gerente di un sito *internet*, il quale aveva mantenuto consapevolmente un articolo diffamatorio su detto sito, consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria⁴².

È stato, per vero, evidenziato come il tema problematico ai fini della configurazione del concorso tanto omissivo quanto commissivo nel delitto di diffamazione sarebbe correlato al fatto che, essendo – discutibilmente, ad avviso di chi scrive – incontrovertibile in giurisprudenza la natura di reato istantaneo del delitto di diffamazione⁴³, parrebbe difficile dare rilievo alle condotte successive alla diffusione della propalazione, quali quelle di omessa rimozione del contenuto diffamatorio.

Infatti, proprio in materia di diffamazione a mezzo *web*, ai fini della verifica della tempestività della proposizione della querela, la Suprema Corte ha affermato che «la diffamazione, avente natura di reato di evento, si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa e, dunque, nel caso in cui frasi o immagini lesive siano immesse sul web, nel momento in cui il collegamento sia attiva-

³⁸ BOLOGNINI - A. D'AVIRRO - M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 150.

³⁹ Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, Rv. 248849.

⁴¹ Cass. pen., Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 9855, Rv. 262440.

⁴² Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2016, n. 54946.

⁴³ Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2010, n. 1763, Rv. 24950701; Cass. pen., Sez. I, ordinanza 15 maggio 1979, n. 1524.

to, di guisa che l'interessato, normalmente, ha notizia della immissione in internet del messaggio offensivo o accedendo direttamente in rete o mediante altri soggetti che, in tal modo, ne siano venuti a conoscenza»⁴⁴.

Ne consegue che, perfezionandosi la fattispecie nel momento della pubblicazione in rete del contenuto offensivo, l'eventuale condotta di omessa rimozione del contenuto sarebbe collocata temporalmente dopo la consumazione del reato.

Al fine di superare tali perplessità sulla configurabilità di una responsabilità in concorso tanto ex artt. 40 e 110 c.p. la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura della pluralità di reati, integrati dalla ripetuta trasmissione del dato denigratorio⁴⁵.

Dello stesso avviso parrebbe essere la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per cui il soggetto che, pur avendone la possibilità, ometta di rimuovere i contenuti diffamatori li farebbe, in buona sostanza, propri, commettendo un'ulteriore condotta diffamatoria⁴⁶.

Tuttavia, preme evidenziare come la condotta di omessa rimozione (differentemente rispetto a quella di ripubblicazione) possa difficilmente qualificarsi come commissiva, sicché, in assenza di una fattispecie omissiva propria e a meno che non si voglia ritenere sussistente in capo al gestore del *blog* o del *forum* una posizione di garanzia, non parrebbe possibile contestare allo stesso alcun concorso omissivo nel reato commissivo altrui.

4. Una possibile soluzione: la diffamazione come reato permanente.

Ad avviso di chi scrive, per come parzialmente anticipato, il vero problema attiene alla qualificazione della fattispecie di diffamazione quale reato istantaneo⁴⁷.

Come anticipato, infatti, ritenendo che la fattispecie diffamatoria abbia natura istantanea, consumandosi nel momento della pubblicazione in rete del contenuto offensivo, l'eventuale condotta di omessa rimozione del contenuto collocherebbe temporalmente dopo la consumazione del reato.

Sicché al più la "condivisione" - c.d. "repost" - del contenuto potrebbe ritenersi integrante una nuova e differente fattispecie diffamatoria, mentre più problematico sarebbe ritenere penalmente perseguibile la mera omessa rimozione in quanto, come detto, al più si tratterebbe di un *post-factum* non punibile.

Tali problematiche potrebbero, tuttavia, esser superate - ad avviso di chi scrive - attraverso la qualificazione della fattispecie in parola quale reato eventualmente permanente onde superare le difficoltà sin qui rappresentate.

D'altra parte, nei reati istantanei la condotta ha un effetto irreversibile (si pensi ad esempio alla fattispecie di omicidio) mentre nella diffamazione la lesione dell'altrui onorabilità parrebbe del tutto reversibile, anche ad avviso dello stesso legislatore che

⁴⁴ Cass. pen., Sez. V, 27 aprile 2012, n. 23624, Rv. 25296401.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546.

⁴⁶ C.E.D.U., 9 marzo 2017, Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia. In senso parzialmente critico, cfr. PAGELLA, *La cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2019.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2010, n. 1763, Rv. 24950701; Cass. pen., Sez. I, ordinanza 15 maggio 1979, n. 1524.

ha previsto degli istituti, quale quello della rettifica, che presuppongono ontologicamente la possibilità di rimuovere le conseguenze dell'offesa.

La qualificabilità del delitto di diffamazione quale reato permanente è corroborata dalla natura comprimibile del bene giuridico tutelato dell'onore che, al pari della libertà personale, al termine dell'offesa può – in astratto – tornare “integro”⁴⁸.

Basti pensare che nel novero dei reati eventualmente permanenti, prima della depenalizzazione, veniva annoverata l'ingiuria qualora non si verificasse *una tantum*⁴⁹.

Peraltro, la dottrina dominante, ritiene che la condotta tipica – anche a titolo di concorso – possa compiersi indifferentemente mediante un'azione o un'omissione: ciò che rileva è il perdurare di quest'ultima che viene considerata, infatti, come un unico reato, in quanto offensiva dello stesso bene giuridico.

Sicché, nel caso di specie, la condotta del *blogger* o del moderatore di *forum* che non rimuovano il contenuto, ad avviso dello scrivente, parrebbe assimilabile a quella del carceriere intervenuto in un momento successivo rispetto a quello della privazione della libertà personale del soggetto sequestrato il quale si inserisce nel decorso causale in un momento in cui la lesione del bene giuridico si è già verificata ma si sta protraendo in ragione di ulteriori condotte.

Appare, tuttavia, sussistere un ultimo nodo gordiano da sciogliere.

La condotta del *provider*, del *blogger* o del moderatore del *forum* che non rimuova l'altrui contenuto appare, per vero, difficilmente qualificabile come propriamente commissiva, sicché, dovendosi qualificare come commissiva mediante omissione imporrà, in ogni caso, l'accertamento della sussistenza di una posizione di garanzia in capo a detto soggetto.

È stato *supra* evidenziato come sia certo che in capo a tali soggetti non sussista alcun generale obbligo di sorveglianza o di preventivo impedimento dell'evento diffamatorio ma, tuttavia, non appare corretto affermarsi che gli stessi non siano dotati di poteri/doveri d'impedimento della protrazione delle condotte lesive dell'altrui onorabilità.

Basti pensare che in una recentissima pronuncia – per vero in materia civile – i giudici meneghini⁵⁰, nell'ambito della controversia *Facebook vs. SnaiTech* hanno contestato al *provider* di aver concorso a titolo omissivo «nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente».

È, infatti, opportuno ritenere che l'art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003, secondo la lettura resane dalla più recente giurisprudenza, è fonte di una posizione di garanzia dell'*hosting provider*, che, se per definizione è estraneo alla originaria perpetrazione dell'illecito del destinatario del servizio, ne diviene giuridicamente responsabile laddove per la sua sciente inerzia non ne impedisca la protrazione.

Sotto il differente profilo soggettivo invece, occorre evidenziare come una siffatta ipotesi si sostanzi non in una responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma in una vera e propria responsabilità per fatto proprio, tanto da esser subordinata alla effet-

⁴⁸ Sulla differenza tra reati permanenti e istantanei si fa rinvio a MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

⁴⁹ Cfr. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

⁵⁰ Tribunale di Milano, 15 febbraio 2023, sent. n. 1208.

tiva conoscenza della manifesta illiceità dell'altrui condotta di cui non si impedisce la prosecuzione.

Ne consegue che, pare possibile affermare che pur non sussistendo in capo ai provider un dovere di vigilanza *ex ante* sui contenuti sussisterebbe, tuttavia, un dovere di rimozione *ex post* dei contenuti manifestamente illeciti, sanzionabile a titolo di reato omissivo improprio.

Dopo tale - neppur troppo breve - chiosa, traendo le somme dalle riflessioni sin qui rese, appare possibile affermare, da un lato, che ciascuna forma di comunicazione telematica e ciascun servizio offerto dalla rete debbano essere disciplinati in maniera distinta e specifica rispetto alle comunicazioni a mezzo stampa⁵¹e, dall'altro, che le responsabilità di ciascun soggetto che operi attraverso i vari strumenti di comunicazione debbano essere accertate caso per caso, sulla base dei poteri e doveri sussistenti in capo allo stesso.

Seppur non possa ritenersi ancora posta l'ultima parola sulla responsabilità dei soggetti responsabili delle varie piattaforme a titolo di concorso, ciò che pare possibile affermarsi con ragionevole certezza è che, specie a determinate condizioni, non parrebbe affatto corretto prevedere delle sacche di inopportuna impunità per soggetti che siano pienamente consapevoli del fatto che, all'interno degli spazi dagli stessi gestiti, vi siano utenti che pongono in essere delle condotte gravemente lesive di un bene giuridico di elevatissimo rilievo costituzionale, quale l'onore.

⁵¹ Si veda DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in RUGGERI - PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011, 55, il quale a sua volta richiama ZENO-ZENCOVICH, *I "prodotti editoriali" elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Dir. inf.*, 2001, 158 e GALDIERI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, cit., 490.

Quattro miti da sfatare sull'intercettazione dei cellulari BlackBerry

Cass. pen., Sez. VI, sentenza 28 febbraio 2023, n. 8714

Leonardo Filippi*

Sommario: **1.** Le questioni. - **2.** La “truffa delle etichette”. - **2.1.** La procedura cd. di instradamento. - **2.2.** La decriptazione all'estero senza giurisdizione e senza contraddittorio. - **2.3.** I risultati dell'intercettazione contrabbandati come documento informatico. - **2.4.** L'acquisizione con il consenso del “legittimo titolare”. - **3.** Conclusioni.

MASSIMA

Va esclusa l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni di comunicazioni su apparecchi Blackberry quando l'attività di captazione e quella di registrazione avvengono con la tecnica di intercettazione mediante instradamento su ponti telefonici italiani, che non richiede alcuna procedura rogatoriale, essendo irrilevante che la decriptazione dei dati identificativi associati ai codici *pin* avvenga all'estero e acquisendo quindi il contenuto dei messaggi come documento informatico.

ABSTRACT

Nella sentenza in esame si pone la questione dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni di comunicazioni su apparecchi cellulari Blackberry che sono particolari perché, per la captazione, richiedono la c.d. tecnica dell'instradamento e, per la decriptazione dei messaggi, necessitano dell'intervento all'estero del produttore del *device*, acquisendo quindi il contenuto dei messaggi come documento informatico.

The sentence in question raises the question of the usability of the results of the interception of communications on Blackberry mobile devices which are particular because, for the uptake, they require the so-called routing technique and, for the decryption of the messages, the intervention abroad of the device manufacturer is required, thus acquiring the content of the messages as a digital document.

* Già Ordinario di Procedura penale presso l'Università di Cagliari.

1. Le questioni.

La pronuncia ribadisce un orientamento, ormai consolidato in giurisprudenza (sono precedenti conformi: Cass., Sez. VI, 20.4.2021, n. 18907; Cass., Sez. III, 9.5.2019, n. 36381; Cass., Sez. III, 26.9.2019, n. 47557; Cass., Sez. IV, 8.4.2016, n. 16670; Cass., Sez. III, 10.11.2015, n. 5818/ 2016), ma piuttosto discutibile sotto diversi profili.

Si afferma comunemente infatti che deve essere esclusa l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni di comunicazioni su apparecchi *Blackberry*, dal momento che l'attività di captazione e quella di registrazione avvengono con la tecnica di intercettazione mediante "instradamento" su ponti telefonici italiani, che non richiede alcuna procedura rogatoria. In altre parole, la giurisprudenza dominante ritiene che il sistema di intercettazione della messaggistica scambiata mediante il sistema *BlackBerry* non necessiti di rogatoria internazionale quando le comunicazioni siano avvenute in Italia, a nulla rilevando che per la decriptazione dei dati identificativi associati ai codici *p.i.n.* sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero e acquisendo quindi il contenuto dei messaggi come documento informatico.

Secondo il sistema *Blackberry* le operazioni di captazione e di registrazione del messaggio cifrato avvengono mentre lo stesso è in transito, dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario, attraverso reti internet messe a disposizione in ogni paese da gestori di servizi telematici e che, lungo tale tragitto si sposta di regola da un *server* che non è necessariamente collocato nel paese o in uno dei paesi nei quali si trovano fisicamente i soggetti che stanno comunicando tra loro. Successivamente si svolgono le operazioni di decriptazione del contenuto del messaggio, necessarie per trasformare mere stringhe informatiche in dati comunicativi intellegibili (in questo senso v. Cass., Sez. VI, 20.4.2021, n. 18907, C., CED Cass. 281819).

Tale tipo di intercettazione è disciplinata dall'art. 266-*bis* c.p.p., che riguarda soltanto le comunicazioni attraverso reti internet, estendendo l'applicabilità delle disposizioni del codice di rito relative alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra soggetti a distanza, alle intercettazioni di flussi di comunicazioni relativi a sistemi telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi telematici: flussi che non avvengono in via diretta tra apparecchi informatici, ma che sfruttano la trasmissione dei dati in via telematica, dunque via cavo o ponti radio, ovvero per mezzo di altra analoga strumentazione tecnica (nel senso della qualificazione come intercettazione ai sensi dell'art. 266-*bis* c.p.p. dell'acquisizione dei contenuti di messaggistica in atto effettuata con sistema *Blackberry* (cfr. Cass., Sez. IV, 15.10.2019, n. 49896, B., CED Cass. 277949-01; Cass., Sez. III, 26.9.2019, n. 47557, S., CED Cass. 277990-02; Cass., Sez. III, 10.11.2015, n. 50452, G., CED Cass. 265615).

Se il messaggio telematico è in chiaro – cioè non criptato mediante l'impiego di un algoritmo o una chiave di cifratura, e trasformato in un mero dato informatico – la sua captazione e la sua registrazione ne rendono immediatamente intellegibile il contenuto e, perciò, direttamente utilizzabile a fini di prova il relativo risultato conoscitivo.

Se, invece, il messaggio telematico (che può essere anche vocale, si pensi al meccanismo *Voip* che funziona secondo la medesima logica) è stato criptato, gli inquirenti ne possono valorizzare il contenuto a fini dimostrativi solo laddove abbiano la disponibilità dell'algoritmo che consente di decriptarne il tenore ovvero se tale

chiave venga altrimenti messa a disposizione degli investigatori dalla società che ne è proprietaria (e che la sfrutta dal punto di vista commerciale). In sostanza, quando gli utilizzatori dei dispositivi *BlackBerry* si trovino in Italia, la captazione e la registrazione del flusso telematico dei messaggi avviene nel territorio dello Stato e dunque si ritiene del tutto irrilevante che, nel passaggio dal mittente al destinatario, quel flusso venga elaborato da un *server* collocato in Canada.

Il tema è stato numerose volte sottoposto all'esame della Corte di cassazione, proprio con riferimento all'utilizzabilità di intercettazioni telefoniche eseguite su telefoni cellulari *BlackBerry* cioè apparecchi accessibili tramite un numero *p.i.n.* (*personal identification number*) che, impiegando un particolare programma informatico creato da una società canadese, la RIM (*Research In Motion*), consentono di trasmettere messaggi cifrati che, ricevuti da apparecchi dotati di uguale programma, vengono decrittati e resi intellegibili nel loro contenuto, attraverso il sistema c.d. *pin to pin*.

La giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che il sistema di intercettazione della messaggistica scambiata mediante il sistema *BlackBerry* non richiede la rogatoria internazionale quando le comunicazioni siano avvenute in Italia (Cass., Sez. IV, 21.4.2022, n. 30395 C., CED Cass. 283454; Cass., Sez. VI, 20.4.2021, n. 18907, C., CED Cass. 281819; Cass., Sez. IV, 15.10.2019, n. 49896, B., CED Cass. 277949). Si afferma, infatti, che i servizi di messaggistica *BlackBerry* scambiati su territorio italiano avvengono tramite la connettività ad internet fornita dai gestori nazionali e, indipendentemente dall'intelligibilità del messaggio, la comunicazione parte o è ricevuta da un terminale italiano, sono convogliate in un nodo di collegamento italiano, messo a disposizione, insieme alla connessione ad Internet, da operatori telefonici nazionali con i quali la società RIM, che gestisce il sistema comunicativo *BlackBerry*, ha concluso accordi (Cass., Sez. III, 9.5.2019, n. 36381, Z., CED Cass. 276701).

2. La “truffa delle etichette”.

La sentenza in esame ribadisce un principio giurisprudenziale pacifico e tuttavia opinabile perché basato su una serie di equivoci, quasi una “truffa delle etichette”.

Da una parte, la giurisprudenza ritiene avvenuta in Italia la captazione soltanto perché la comunicazione si appoggia su ripetitori italiani anche solo per la fatturazione (*roaming*); dall'altra ammette la decriptazione delle comunicazioni, che avviene all'estero senza giurisdizione italiana e senza contraddittorio; inoltre considera i risultati dell'intercettazione quale documento informatico; infine qualifica i risultati dell'intercettazione quale documento informatico acquisibile all'estero sempre con il consenso del gestore del servizio, che considera unico “legittimo titolare”.

L'intercettazione del sistema di comunicazione *BlackBerry* pone, quindi, una serie di questioni e consente una varietà di soluzioni giuridiche in riferimento ai diversi aspetti che vengono in rilievo.

Anzitutto, occorre accertare se le comunicazioni o conversazioni si svolgano o meno in Italia e, se avvengano all'estero, si può discutere se possano ritenersi svolte in Italia, anche se gestite da un *server* collocato in territorio estero, solo perché transitano su ripetitori o ponti telefonici collocati in Italia.

Inoltre, si deve risolvere la questione della legittimità dell'attività di decriptazione del contenuto dei messaggi, che avviene all'estero da parte del produttore del *device*, senza intervento del giudice italiano, né delle parti.

Ancora resta da accertare se i risultati dell'intercettazione possano essere considerati come un documento informatico.

Infine, occorre individuare chi sia il soggetto che, quale "legittimo titolare", è legittimato a prestare il consenso all'acquisizione del contenuto del messaggio.

2.1. La procedura cd. di instradamento.

Il primo aspetto problematico attiene alla c.d. tecnica di instradamento.

La Corte di cassazione afferma l'utilizzabilità, senza necessità di rogatoria, degli esiti di intercettazioni di comunicazioni, sia telefoniche sia attraverso *chat* protette o servizi di messaggistica (c.d. sistema *pin to pin*, tipico del *Blackberry*), anche gestiti tramite server collocato in territorio estero, i cui dati siano stati registrati nel territorio nazionale per mezzo di impianti installati presso la Procura della Repubblica mediante la c.d. tecnica dell'instradamento (Cass., Sez. IV 28.6.2016, Grassi e altri, n. 40903; Cass., Sez. III, 29.1.2016, Rao, n. 10788; Cass., Sez. VI, 4.11.2015, Brandimarte, n. 1342). Nel momento in cui si opera il monitoraggio di una determinata utenza estera vi è la possibilità di captare tutte le comunicazioni in uscita dal territorio nazionale che sono in contatto con la stessa, sia pur individuate solo successivamente, all'esito o nel corso delle operazioni di intercettazione. La Suprema Corte ha sempre escluso che il ricorso a tale tecnica comporti la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali e, dunque, l'inutilizzabilità delle intercettazioni in quanto si ritiene che, attraverso la deviazione del flusso comunicativo in un nodo situato in Italia (servizio di roaming internazionale ovvero "ponti telefonici" appositamente attivati), tutta l'attività d'intercettazione venga interamente compiuta nel territorio nazionale. La giurisprudenza è consolidata nel ribadire che l'acquisizione della messaggistica scambiata mediante sistema *Blackberry*, cd. *pin to pin*, offerto da una società canadese, non necessita di rogatoria internazionale quando le comunicazioni sono avvenute in Italia o attraverso un terminale presente sul suolo nazionale, a nulla rilevando che per "decriptare" i dati identificativi associati ai codici PIN occorra ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero, collaborazione che, se spontaneamente prestata, rende non necessario il ricorso alla rogatoria internazionale per l'acquisizione dei dati telematici, e ciò anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 234-*bis* [Cass., Sez. IV, 5.4.2017 (dep. 12.10.2017), n. 46968].

Pertanto, in diverse pronunce la Corte di cassazione ha ritenuto l'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni di comunicazione avvenute in *chat* protette tramite servizio *pin to pin*, gestito da *server* collocato in territorio estero, i cui dati sono stati registrati nel territorio nazionale, per mezzo di impianti installati presso la Procura della Repubblica (Cass., sez. IV, 8.4.2016, n. 16670, F., CED Cass. 266983). In conclusione, la necessità della rogatoria internazionale è richiesta solo quando le conversazioni captate transitino esclusivamente all'estero.

Ma è irrealistico ritenere le conversazioni o comunicazioni come avvenute sempre in Italia, anche quando si svolgono all'estero, solo perché "rimbalzano" su un ponte o ripetitore che si trova in Italia, magari solo a fini di fatturazione presso il gestore italiano (*roaming*): questa è una *fictio* inammissibile quando si incide su un diritto fondamentale come la libertà e la segretezza delle comunicazioni, dichiarate "inviolabili" dall'art. 15 Cost.

2.2. La decriptazione all'estero senza giurisdizione e senza contraddittorio.

Il secondo profilo discutibile attiene alla decriptazione delle comunicazioni. La sentenza annotata afferma che la decriptazione dei messaggi, svolta all'estero, è un'attività non equiparabile a quella delle intercettazioni di comunicazioni e inidonea a comprimere il diritto alla riservatezza di cui all'art. 15 Cost. In realtà, la decriptazione non è altro che una modalità della perizia trascrittiva, che dovrebbe essere svolta in Italia, con la garanzia giurisdizionale e del contraddittorio e quindi assicurando il diritto di difesa, anche mediante l'ausilio di consulenti tecnici per la difesa e per l'accusa. La giurisprudenza aggiunge che la decriptazione del dato informatico contenuto nella messaggistica scambiata con sistema Blackberry è attività distinta dalla captazione e può essere svolta, ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p. mediante la mera richiesta alla società produttrice del sistema operativo di trasformare, tramite l'apposito algoritmo, i dati informatici in contenuti intellegibili [Cass., Sez. VI, 20.4.2021 (dep. 13.5.2021), n. 18907, C.]. Si ribadisce che è legittima l'attività di decriptazione di messaggi, scambiati mediante sistema *Blackberry*, compiuta nel corso delle indagini per mezzo della nomina di ausiliari tecnici di polizia giudiziaria e del ricorso alla spontanea collaborazione del produttore del sistema operativo, non determinando alcuna lesione dei diritti di difesa la mancata messa a disposizione delle parti dell'algoritmo necessario per la messa in chiaro dei relativi dati informatici [Cass., Sez. VI, 27.11.2018 (dep. 2.4.2019), n. 14395]. La giurisprudenza ammette la decriptazione all'estero del messaggio intercettato con un atteggiamento fideistico inammissibile nel processo penale, nel quale si deve decidere sulla responsabilità dell'imputato. Infatti, la giurisprudenza considera irrilevante che per la decriptazione dei dati identificativi associati ai codici *pin* sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero, che trasforma, tramite l'apposito algoritmo, i dati informatici conservati all'estero in contenuti intellegibili cioè in un documento informatico che, ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p., è acquisito, previo consenso del legittimo titolare, ma senza alcuna garanzia giurisdizionale e senza un contraddittorio che assicuri l'intervento della difesa e dell'accusa mediante loro consulenti tecnici.

2.3. I risultati dell'intercettazione contrabbandati come documento informatico.

Inoltre, è fuorviante l'interpretazione giurisprudenziale che considera il contenuto dei messaggi captati quale documento informatico quando si tratta invece del risultato dell'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, tutelata dagli artt. 15 Cost e 266-271 c.p.p. Eppure la giurisprudenza non disconosce la natura di comunicazione della messaggistica attuata mediante il sistema *Blackberry*. Infatti, con specifico riferimento alle intercettazioni dei messaggi tra dispositivi *Blackberry*, la suprema Corte afferma che è legittima l'acquisizione di contenuti degli stessi mediante intercettazione operata ai sensi degli artt. 266 ss. c.p.p. poiché le *chat*, anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni (Cass., sez. III, 5.6.2019, Giuliani e altri, n. 14725, in *Guida dir.*, 2020, n. 31, p.91; Cass., Sez. III, 10.11.2015, Guarnera e altri, n. 50452, Rv. 265615, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2941).

Com'è noto, il legislatore distingue l'ambito dei documenti da quello degli atti, nel senso che i documenti sono formati fuori del procedimento, e devono essere acqui-

siti al processo per poter assumere rilevanza probatoria, mentre gli atti sono formati all'interno del procedimento stesso, come le intercettazioni che sono un tipico mezzo di ricerca della prova.

La sentenza in commento, seguendo la giurisprudenza consolidata sul punto, acquisisce i risultati decriptati delle intercettazioni italiane come documento informatico conservato all'estero, considerando documento ciò che chiaramente è invece il risultato di un'indagine, ed eludendo così le garanzie costituzionali dell'art. 15 Cost. e quelle legislative di cui agli artt. 266-271 c.p.p. per esigere soltanto, a norma dell'art. 234-*bis* c.p.p., il disinteressato consenso del detentore straniero dello stesso documento informatico.

La giurisprudenza ritiene l'art. 234-*bis* c.p.p. disposizione applicabile in tutti i casi in cui l'acquisizione riguardi non un documento cartaceo o analogico, ma un documento inteso come "rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con un metodo digitale" ovvero dati informatici che hanno consentito di rendere intellegibile il contenuto di stringhe redatte secondo il sistema binario, all'unica condizione che vi sia stato il consenso all'acquisizione da parte del "legittimo titolare" di quei documenti o dati conservati all'estero (cioè la persona giuridica che di quei documenti o di quei dati poteva disporre, se non si tratta di documento di pubblico dominio). Pertanto, è ritenuto pienamente legittimo il compimento di un'attività di acquisizione diretta di documentazione all'estero e che, invece, se assente, avrebbe reso necessaria l'attivazione di procedure di cooperazione giudiziaria internazionale (Cass., Sez. VI del 20.4.2021, n. 18907, C., CED Cass. 281819; Cass., Sez. III, del 9.5.2019, n. 36381, Z., non massimata sul punto; in senso sostanzialmente conforme, per l'esclusione in siffatte ipotesi della necessità della rogatoria internazionale: Cass., Sez. III, 26.9.2019, n. 47557, S., CED Cass. 277990; Cass., Sez. IV, 8.4.2016, n. 16670, F., CED Cass. 266983; Cass., Sez. III, 10.11.2015, n. 5818/2016, A., CED Cass. 266267).

2.4. L'acquisizione con il consenso del "legittimo titolare".

Infine, la sentenza annotata, in linea con la giurisprudenza, ritiene i risultati dell'intercettazione acquisibili all'estero con il consenso del gestore del servizio. Ma è discutibile che il "legittimo titolare" sia sempre e solo il gestore dei dati e non l'utente che ha generato il dato immettendolo in rete. Comunque non è detto che il "legittimo titolare" debba necessariamente individuarsi nel gestore dei dati (*hosting service provider*), come opina la giurisprudenza, perché i rapporti tra le società che forniscono i servizi *on line* e i loro clienti sono regolamentati da contratti, *policy* e regolamenti che conferiscono poteri e facoltà riguardo alla gestione dei dati informatici, per cui è necessario accertare, di volta in volta, all'interno di questi accordi, chi sia il soggetto legittimato a prestare il consenso, cioè il "legittimo titolare" abilitato a prestare il consenso all'acquisizione. Per quanto possa apparire strano che lo stesso utente (*cloud consumer*) decida se consegnare o meno i propri messaggi all'autorità giudiziaria che indaga su di lui, se gli accordi che lo legano al fornitore del servizio gli riservano tale facoltà, spetterà soltanto a lui la decisione.

3. Conclusioni.

In definitiva, l'interpretazione giurisprudenziale che ammette sempre e comunque l'intercettazione dei dispositivi Blackberry non può essere condivisa.

Non può presumersi sempre avvenuta in Italia la captazione, quando la comunicazione intercorra tra due soggetti che si trovino entrambi all'estero.

Non è ammissibile una decriptazione all'estero del contenuto del messaggio in assenza di giurisdizione italiana e senza contraddittorio.

Non è concepibile confondere i risultati dell'intercettazione con i documenti informatici, stante la ben nota differenza tra atti e documenti.

Non è possibile considerare come legittimo titolare sempre e soltanto il gestore del servizio, a prescindere dal contenuto di contratti, *policy* e regolamenti che legano l'utente al gestore stesso.

La certezza delle situazioni giuridiche è preconditione dello Stato di diritto. A proposito della legittimazione del procuratore generale ad impugnare l'ordinanza che ammette l'imputato alla prova

Fabiana Falato*

Sommario: 1. Le premesse culturali. – 2. Le ragioni della Cassazione. – 3. *In claris non fit interpretatio*: il *linguaggio* influenza la corrispondenza tra norma e comportamento. Postille conclusive.

1. Le premesse culturali.

Con la sentenza n. 14840 del 6 aprile 2023, le Sezioni Unite aggiungono un ulteriore tassello al sistema dei controlli sui provvedimenti del giudice in ordine alla messa alla prova, perpetrando – almeno nella nostra ottica – la crisi, sul piano generale della legalità, delle relazioni tra legislazione e giurisdizione, dei *modi* e dei *confini* di applicabilità delle categorie processuali, della tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Per di più, la ricognizione proposta, in continuità con i precedenti, ha innegabili implicazioni sulla stabilità e sulla certezza del diritto.

La possibilità di qualificare la giurisprudenza come fonte è problema (non solo) classificatorio ampiamente dibattuto¹; per questo, non abbisogna di ulteriore approfondimento.

* Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Da ultimo, ORLANDI, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, in *Atti del Convegno "Fra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale (Firenze 20 maggio 2022)*, in *Sist. Pen., Sezione Speciale*, 12, 2022, 133-147.

Conserva attualità il pensiero di CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chioven-da)*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, 134 ss.

In tema, tra i molti, RICCIO, *Il recente "conflitto" tra atteggiamento neutrale del giurista e la moderna dimensione della legalità*, in *Id.*, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, Napoli, 2015, 26-29 e, dello stesso A., *Interpretazione*, in *Id.*, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2011, 71-96.

Dall'angolo visuale del diritto sostanziale, MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012, 299 ss. e, di recente, *Id.*, *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in PALIERO - MOCCIA - DE FRANCESCO - INSOLERA - PELISSERO - RAMPIONI - RISCATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2016, 341-348.

Qui, basterà riportare *in limine* le premesse teoriche, che, rappresentando la costante della scienza giuridica penalistica post-moderna, stabiliscono definiti punti metodologici, utili, se della questione posta dalla Cassazione voglia offrirsi una prospettiva ricostruttiva *reattiva*.

Ebbene, nonostante nel nostro ordinamento non operi formalmente il principio dello *stare decisis*, è evidente la progressiva trasformazione dei rapporti tra legislatore e giudice, accompagnata da un concetto di *legalità duttile*, rispetto alla tutela giudiziale ed *evoluto*, in riferimento a livelli eterogenei di fonti del diritto².

L'evento non è privo di criticità. Infatti, se rassicura la coscienza che alla *legalità normativa* non si sostituisce, bensì si associa la *legalità giudiziale*, lasciando ferma la primazia della legge, pur riconoscendo spazio all'interprete e alla sua funzione *politica*³; e che il legame tra diritto di fonte legislativa e diritto giurisprudenziale non si esprime in termini di *autorevolezza*, dato che *relativizza* la vincolatività degli arresti delle Sezioni unite (art. 618, co. 1-*bis* e 1-*ter*, c.p.p.)⁴, preoccupa la circostanza che quel Consesso *crei* regole che aspirano ad essere applicate in futuro ai casi simili⁵, legittimato dalla Corte costituzionale, che ne valorizza la funzione nomofilattica, sottolineandone la natura di «espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità che è alla base dello Stato di diritto»⁶.

In tal modo, sebbene non si contesti (non si potrebbe) la centralità dell'interpretazione e si voglia dare un segno di continuità al pensiero di chi ha sostenuto che la svolta politica della magistratura abbia assunto un ruolo di mediazione sociale e politica, sopperendo ad inadempimenti e a ritardi del Parlamento e del Governo o, all'opposto, ad una legiferazione incontrollata per vincere il senso di disorientamento prodotto dall'incompleta attuazione della Costituzione⁷, non si sfugge al piano istituzionale dei rapporti tra poteri dello Stato, che smentisce il fenomeno della *supplenza*, specialmente quando – come in questo caso – non sia giustificata dall'inadeguatezza

² Volendo, il nostro *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in CARINGELLA - FALATO (a cura di), *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, Roma, 2018, spec. 10 ss.

³ Conservano attualità il pensiero di MALINVERNI, *Giudice, Politica e Interpretazione*, in *Atti del Convegno di studio su Giudice e Politica*, Venezia, 1977, 6 e di TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *Pol. Dir.*, III, fasc. 3-4, 1972, 459-499.

Cfr., ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione politica delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 07/08, 2017, 2596 ss.

⁴ VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 15.

Cfr., ORLANDI, *Ripensare le attribuzioni ordinarie mentali della Corte di cassazione adeguandole all'attuale quadro politico-costituzionale*, in *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 406.

⁵ «Il che costituisce un'ottima ragione per riconoscere l'esistenza, e il cruciale ruolo giocato nella prassi, di un "diritto giurisprudenziale" prodotto (e non solo "scoperto", o "dichiarato") dalle corti, persino in una materia dominata dalla riserva di legge come quella penale»: VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2021, 7.

Cfr., DOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, 2013, 418.

⁶ Corte cost., 25 giugno 2015, n. 119.

Da Corte cost., 11 dicembre 1974, n. 276 a *Id.*, 14 ottobre 2020, n. 212.

⁷ Si contestualizza il pensiero di RICCIO, *L'interpretazione della norma è "politica" e spetta al magistrato*, in *D&G*, n. 39, 2003, 11.

della regolamentazione, ovvero, da contingenze di grave indeterminatezza dei significati normativi.

Quindi, è sicuramente anacronistico sostenere la separatezza tra giustizia e politica⁸ o l'idea *burocratica* del giudice; è asserzione praticabile esclusivamente se non si rifletta sulle premesse dell'ermeneutica alla stregua di commistione o di strumentale confusione tra *prodotti giurisprudenziali* e *fonti legali*.

Con questa metodologia e con tali premesse è possibile sostenere che la tecnica argomentativa posta alla base dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite comporti una degenerazione dell'intervento giurisprudenziale, una depressione del *modo* del giudice di porsi di fronte alla legge.

La questione è innanzitutto culturale; poi, di sistema.

Il primo fronte (il secondo si analizzerà successivamente) trova sintesi nella convinzione per cui le *definizioni giuridiche* dipendono dal testo normativo - che finisce così per rappresentarne un limite (*in claris non fit interpretatio*) - e devono essere ammissibili e coerenti con l'ordinamento, in quanto «un'interpretazione incompatibile con la legge è illegittima, perché sostituisce inammissibilmente la volontà del giudice a quella del legislatore democraticamente legittimato»⁹.

Siffatte condizioni, dunque, esprimendo il raccordo dell'art. 101, co. 2°, Cost. con l'art. 111, co. 1°, Cost., dosimetro la dimensione della nomofilachia e riconducono il discorso nel perimetro della *legalità*; termine, tuttora evocativo di contesti gerarchici tra codice e giurisprudenza, quando si tratti di definire, appunto, la *misura* del ruolo *inventivo* di questa nella conformazione al diritto positivo, per non esporre a rischi la tenuta dello Stato di diritto, garantita dalla certezza delle situazioni soggettive protette.

2. Le ragioni della Cassazione.

Con articolato e complesso ragionamento, con discutibili riferimenti sistematici ma con raffinate argomentazioni, le Sezioni unite hanno affermato i seguenti principi di diritto: «il procuratore generale è legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, per i motivi di cui all'art. 606 c.p.p., l'ordinanza di ammissione alla prova di cui all'art. 464-*bis*, cod. proc. pen., ritualmente comunicatagli, mentre, in caso di omessa comunicazione della stessa, è legittimato ad impugnare quest'ultima insieme alla sentenza di estinzione del reato».

Gli assiomi, compendati nella massima, sono il risultato delle risposte positive ai due distinti quesiti formulati dalla IV sezione con ordinanza n. 15493 del 21 aprile 2022¹⁰, autonomamente e distintamente argomentate

In premessa.

⁸ RICCIO, *Legge, diritto, giurisprudenza*, in *D&G*, n. 30, 2003, 8 ss.

⁹ VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 17.

¹⁰ Il primo quesito: «Se il procuratore generale sia legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, l'ordinanza che ammette l'imputato alla prova (art. 464-*bis* cod. proc. pen.) e in caso affermativo per quali motivi».

Il secondo quesito: «Se il procuratore generale sia legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, la sentenza di estinzione del reato pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* cod. proc. pen.».

L'abbrivio è comune ed è espresso nel precedente Rigacci¹¹, per il quale, da un lato, l'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova non è autonomamente impugnabile, ma appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p.; dall'altro, l'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. consente la censura diretta ed autonoma solo del provvedimento con il quale, in accoglimento dell'istanza dell'imputato, il giudice abbia disposto la sospensione del procedimento, giacché in tal caso alle parti non sarebbe altrimenti consentito alcun rimedio avverso la decisione assunta.

Nel merito delle questioni.

Per motivare il primo convincimento, la Corte utilizza, ancora una volta, in punto di metodo, i propri precedenti.

Invero, sul tessuto delle sentenze Campagna¹², Colangelo¹³ e Lorini¹⁴, essa rileva che: a) «il regime impugnatorio delle ordinanze di cui all'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. non contiene alcuna precisazione normativa selettiva quanto ad uno specifico ufficio del pubblico ministero legittimato all'impugnazione, potendo ricorrere per cassazione, oltre all'imputato, il "pubblico ministero"; b) «non vi sono ragioni di carattere letterale per non includere tale regime nel sistema generale descritto nel Titolo I del Libro IX del codice di rito e (...) nel contesto del disposto dell'art. 570 cod. proc. pen., che, sotto la rubrica "impugnazione del pubblico ministero", declina le regole generali delle impugnazioni della parte pubblica»; c) «il primo comma, in particolare, prevede che nei casi stabiliti dalla legge, la concorrente facoltà di impugnare spetta al titolare dell'ufficio di procura presso il tribunale o la corte di appello, quali che siano state le conclusioni del rappresentante del pubblico ministero, precisando, poi, con riguardo specifico al procuratore generale, che salvo quanto previsto dall'art. 593 *bis*, comma 2, il procuratore generale presso la corte di appello può proporre impugnazione nonostante l'impugnazione o l'acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento, con piena titolarità, dunque, della facoltà di impugnare i provvedimenti emessi dai giudici del distretto, anche quando il pubblico ministero del circondario abbia già compiuto in merito la sua valutazione positiva o negativa»; d) «l'attribuzione del concorrente potere di impugnazione ai rappresentanti dell'ufficio di procura, presso il tribunale o la corte d'appello, esplicitata dal chiaro disposto normativo, si salda con la formula onnicomprensiva "pubblico ministero", utilizzata nella rubrica dell'art. 570 c.p.p. che ricorre più volte, non solo nel codice di rito, ma anche nel *corpus* di altre discipline giurisdizionali, quando il legislatore intende assegnare all'uno e all'altro organo un potere di impugnazione concorrente»; e) non sono ostativi al riconoscimento della piena legittimazione soggettiva del procuratore generale all'impugnazione dei provvedimenti emessi dai giudici del distretto, l'«art. 593-*bis* cod. proc. pen., in tema di "appello del pubblico ministero", che prevede la possibilità per il procuratore generale di appellare la sentenza di primo grado solo nei casi di avocazione o qualora vi sia stata acquiescenza del procuratore della Repubblica» e il «conseguente inserimento nel primo comma dell'art. 570 della clausola di salvezza, secondo cui "salvo quanto previsto dall'art. 593 *bis*, comma 2, il Procuratore generale

¹¹ Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, n. 33216, in *Mass. Uff.*, 267237.

¹² Cass., SS. UU., 31 maggio 2005, n. 22531, in *Mass. Uff.*, 231056.

¹³ Cass., SS. UU., 28 maggio 2009, n. 31011, in *Mass. Uff.*, 244029.

¹⁴ Cass., SS. UU., 15 aprile 2019, n. 41629.

può proporre impugnazione», giacché tale disposto è soltanto «volto a coordinare le facoltà di appello da parte degli uffici di procura, al fine di evitare la proposizione di più impugnazioni avverso il medesimo provvedimento»; f) «la possibilità di impugnazione diretta dell'ordinanza di ammissione alla prova implica che essa debba essere portata a conoscenza, mediante lettura in udienza o mediante notifica o comunicazione dell'avviso di deposito, non solo alle parti del procedimento che hanno diritto all'avviso della data dell'udienza, ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen., ma anche, come espressamente indicato nell'art. 128 cod. proc. pen., "a tutti coloro cui la legge attribuisce il diritto di impugnazione"», pertanto, «tra i soggetti in favore dei quali deve essere eseguita la comunicazione dell'avviso di deposito, vi è senz'altro il procuratore generale presso la corte di appello, titolare, al pari del procuratore della Repubblica presso il tribunale, del diritto di ricorrere per cassazione, ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen.».

Sul secondo principio.

Alla luce della sentenza Lafleur¹⁵, le Sezioni Unite, premesso che «la sentenza di estinzione del reato per esito positivo della prova, pronunciata in pubblica udienza successivamente alla costituzione delle parti, ha natura di sentenza di proscioglimento ed è perciò impugnabile con l'appello del "pubblico ministero", ai sensi dell'art. 593, comma 2, cod. proc. pen.», asseriscono: a) «l'omessa comunicazione dell'ordinanza di ammissione alla prova non esclude il potere del procuratore generale di impugnazione di essa unitamente alla sentenza che dichiara estinto il reato ex art. 464-*septies* cod. proc. pen., secondo la regola generale fissata dall'art. 586 cod. proc. pen., atteso che, sebbene sia previsto un apposito rimedio impugnatorio dall'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., nondimeno l'impossibilità di accedere ad esso da parte del legittimato all'impugnazione, stante l'esaurimento della fase di esperimento del rimedio, nonché della messa alla prova, comporta la riesplorazione del potere di impugnazione secondo le regole generali dettate per le ordinanze in uno ai rimedi avverso di esse esperibili»; b) «la parte che ha diritto di appellare la sentenza di primo grado – e specificamente il procuratore generale ai sensi dell'art. 608, comma 4, cod. proc. pen. – può proporre direttamente ricorso per cassazione per violazione di legge ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 569 cod. proc. pen.»¹⁶.

3. In claris non fit interpretatio: il linguaggio influenza la corrispondenza tra norma e comportamento. Postille conclusive.

Si diceva. L'arresto in commento completa il regime delle impugnazioni della messa alla prova – già definito sotto il profilo oggettivo – dettando *norme di comportamento* in capo al procuratore generale presso la Corte d'appello, addizionali a quelle

¹⁵ Cass., SS. UU., 28 ottobre 2021, n. 3512.

¹⁶ In aggiunta, le Sezioni Unite formulano un ulteriore principio di diritto, avulso dai quesiti per i quali sono state adite: «l'istituto dell'ammissione alla prova di cui all'art. 168-*bis* cod. pen. non trova applicazione con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001».

In argomento, MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in *Sist. Pen.*, 10 maggio 2023.

previste per il pubblico ministero (procuratore della Repubblica presso il Tribunale), l'imputato e la persona offesa, che travalicano i margini delle selezioni operate dal legislatore.

In teoria generale, la tassatività delle categorie processuali, circoscrivendo gli spazi di manovra nell'individuazione del significato e della portata delle norme, tutela le posizioni soggettive dagli arbitri del potere giudiziario, al quale preclude le scelte di politica criminale, riservate, invece, al legislatore. Perciò ogni apparato deliberativo ubbidisce a precisi canoni gnoseologico, che, qui, sono stati evidentemente *alterati*.

Specificamente, la pronuncia sembra ignorare le linee di demarcazione (im)poste dal testo legislativo: di fronte all'univocità dei precetti coinvolti e all'impossibilità di ricavare da essi una pluralità di concetti, la speculazione appare alla maniera di una libera creazione di regole, inconciliabile con la legalità processuale e sostanziale (rispettivamente: art. 111, co. 1°, e 25, co. 2° e 3°, Cost.). A voler essere più precisi, la nostra insoddisfazione è verso metodi che procedono alla definizione delle disposizioni implicate, ignorando gli effetti della semantica del *frasario* giuridico sull'estensione della funzione ermeneutica. Si spiegherà.

In via preliminare, appare opportuno annotare le linee essenziali del profilo oggettivo dell'assetto impugnatorio della messa alla prova, così come risulta dagli indirizzi consolidati della giurisprudenza di legittimità¹⁷.

Ebbene, sono ricorribili in via autonoma ed immediata per cassazione solo le decisioni che accolgono l'istanza di messa alla prova, mentre sono escluse le ordinanze di rigetto emesse fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento – quindi: nella fase delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare – giacché in tali casi l'imputato può rinnovare la richiesta di ammissione alla prova – e del pubblico ministero la proposta – fino all'apertura del dibattimento. All'opposto, le decisioni di diniego emesse dal giudice del dibattimento prima dell'apertura del dibattimento – o a seguito di contestazione suppletiva (artt. 516 e 517, c.p.p.) possono soltanto essere appellate unitamente alla sentenza di primo grado, secondo la regola generale dell'art. 586 c.p.p.

L'indirizzo non è criticabile, in quanto la giurisprudenza svolge compiti integrativi ed ordinanti – non anche manipolativi/creativi – di precetti semanticamente multiformi.

Viceversa, il rapporto codice-giurisprudenza entra in crisi in relazione all'ultimo arresto, da cui non si *dissenta* per ragioni ideologiche (si condivide, s'è detto, il pensiero secondo cui il principio di legalità ha abbandonato la propria dimensione vetero illuminista per assumere connotati *fuzzy*, derivati dalla stratificazione delle fonti nonché dalle *incursioni* giurisprudenziali nei diritti della persona¹⁸) bensì per motivi legati alla procedura penale.

Si rifletta.

L'irrazionalità si manifesta rispetto alla linea degli artt. 464-*quater*, co. 7; 464-*bis*, co. 1; 51; 608, co. 1, c.p.p., che prefigura uno schema legale vincolato, da cui l'interprete

¹⁷ Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, n. 33216, cit.

¹⁸ Conformi, *ex multis*, Cass., V, 17 gennaio 2020, n. 15812; *Id.*, II, 25 novembre 2021, n. 995; *Id.*, I, 31 marzo 2022, n. 29614; *Id.*, VI, 30 maggio 2022, n. 24249.

Cfr., Cass., V, 6 novembre 2020, n. 7231.

¹⁸ Riccio, *Metodi e prospettive de la Procedura penale, I. Fonti*, Napoli, 2018, 58.

non può discostarsi. Si palesa in relazione al segmento degli artt. 570-572; 593, 593-bis, 607 e 608, c.p.p., che costruisce l'impugnazione alla maniera di un diritto delle parti, che proietta nel processo l'interesse (pur diversamente modulato) di ciascuna alla sentenza giusta. Si riferisce al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, che considera la pluralità di gradi alla stregua di occasioni progressive per l'esercizio del controllo, in ragione del principio di *soccombenza*, da intendersi non in senso civilistico, piuttosto in prospettiva *utilitaristica*¹⁹.

L'ulteriore chiave di lettura dell'*alternativa esegetica* che proponiamo è l'art. 51 c.p.p., siccome contribuisce a chiarire, in via dogmatica, le rispettive aree di attribuzioni di poteri processuali tra gli uffici del pubblico ministero operanti nei diversi stadi della vicenda-processo; descrive il tipo legale di comportamento dei magistrati della procura della Repubblica presso il Tribunale e dei magistrati della procura generale presso la Corte d'appello attraverso concetti classificatori racchiusi in formule legali – perciò cogenti per l'interprete – che li tipizzano; fissa il *significato legislativo* delle norme nei contesti fenomenologici in cui quei magistrati sono partecipi.

La contestualizzazione dei testi ci consente di definire il contrasto con il *discorso normativo* compiuto dalla Cassazione. Difatti, attribuendo alle regole il contenuto ricavato dal valore giuridico e sistemico assegnato ai vocaboli che le descrivono; spiessando con tale ottica il binomio dei co. 1 e 2 dell'art. 464-bis c.p.p. e l'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p., che lo completa, emerge l'irrazionalità dell'operazione compiuta dalle Sezioni Unite quando accrescono l'area dei soggetti legittimati e dei comportamenti sussumibili dall'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. senza tener conto che la determinatezza e la tassatività delle disposizioni impegnate negano all'interprete la libertà di attribuire compiti autorizzativi non espressamente previsti, tanto più se essi non sono desumibili dall'ordinamento²⁰. La concatenazione di necessarietà tra le condotte, infine, impone di considerare l'operazione *creativa, integrativa* dell'ordinamento, e perciò vietata dall'art. 111, co. 1°, Cost.

Partiamo dai punti fermi: le funzioni del *pubblico ministero* si strutturano relativamente al segmento processuale in cui si innesta la messa alla prova, secondo le *forme* predisposte dall'art. 51 c.p.p.; l'ordinamento (tramite l'art. 51 c.p.p.) distingue i poteri a seconda del grado di giudizio, per cui solo il pubblico ministero presso il Tribunale ha potestà inquirente e requirente, nonché l'autorità di intervenire nel giudizio di primo grado, laddove al procuratore generale presso il giudice di secondo grado compete dare impulso al processo attraverso le impugnazioni, la rappresentanza nei giudizi in Corte d'appello ed il potere di avocazione delle indagini.

Ancora: la collocazione della sospensione del procedimento con messa alla prova nel Libro VI del Codice, dedicato ai Procedimenti speciali, palesa (non senza critici-

¹⁹ Per tutte, Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 6.

Il contenuto semantico di *soccombenza* lo spiega chiaramente, Cass., SS. UU., 27 ottobre 2011, n. 6624, individuandolo nella finalità negativa, perseguita dal soggetto legittimato ad impugnare, di rimuovere una situazione di svantaggio processuale derivante da una decisione giudiziale, ed in quella, positiva, del conseguimento di un'utilità, ossia di una decisione più vantaggiosa rispetto a quella oggetto del gravame, e che risulti logicamente coerente con il sistema delle norme.

²⁰ La preclusione ermeneutica si evince da Cass., SS. UU., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Mass. Uff.*, 238239.

tà²¹) l'essenza di giudizio del rito, di significativo momento decisorio, di punto terminale del processo²², a meno che non si voglia sottovalutare la clausola di salvaguardia di cui all'art. 129 c.p.p., espressamente richiamata nel co. 1 dell'art. 464-*quater* c.p.p.²³ e trascurare che nelle occasioni descritte dal co. 2 dell'art. 464-*bis* c.p.p., i poteri decisorio del giudice possono essere sollecitati dalle parti con richieste sul rito, facendo sorgere la possibilità che la regiudicanda si concluda lì, in quella fase. Non a caso è previsto che l'esito positivo della prova comporti l'estinzione del reato ed il conseguente proscioglimento dell'imputato.

Infine: il co. 1 dell'art. 464-*bis* c.p.p. palesa la matrice personalistica della messa alla prova, posta all'appartenenza all'imputato, siccome gli spazi partecipativi riconosciuti all'accusa sono circoscritti ad una *proposta* ed influenzati dall'*adesione* dell'imputato stesso, nei casi previsti dall'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p.²⁴ e dall'art. 464-*ter* c.p.p., e contenuti nel *consenso/dissenso* qualora la richiesta sia presentata durante le indagini preliminari. Il co. 2 dell'art. 464-*bis* c.p.p. ne detta i confini temporali, individuandoli nelle disposizioni di cui agli artt. 421 e 422, c.p.p. per l'udienza preliminare, negli atti per la costituzione delle parti nel giudizio direttissimo e nel procedimento a citazione diretta, nei tempi e nelle forme dell'art. 458, co. 1, c.p.p. nel giudizio immediato, con l'atto di opposizione nel procedimento per decreto. Si aggiungono: l'art. 464-*ter* c.p.p., che disciplina il rito nella fase delle indagini preliminari e gli arresti costituzionali che autorizzano l'imputato a presentare la richiesta al giudice del dibattimento in seguito alla modifica dell'originaria imputazione (art. 516 c.p.p.)²⁵ ed alla nuova contestazione di una circostanza aggravante (art. 517 c.p.p.)²⁶.

Le osservazioni conducono al dato strutturale, costituito dalla: richiesta/sospensione /messa alla prova/declaratoria di estinzione del reato, nel cui ambito, l'ordinanza ammissiva, funzionale ad *attivare* il procedimento speciale - non anche a definire il giudizio principale - ne ripete la natura incidentale, concepibile, a sua volta, alla luce dei co. 7, ult. periodo (integrato dagli artt. 464-*quater*, co. 1, ult. per., 127, co. 7 e 8), 8 e 9 dell'art. 464-*quater* c.p.p. e del co. 2 dell'art. 464-*septies* c.p.p. (non c'è da stupirsi,

²¹ Riccio, *Metodi e prospettive*, cit. IV. *Multischematicità*, 146-152; Id., *Giuristi e legislatori. A proposito dei recenti interventi sulla Procedura penale*, in *Arch. Pen.*, 2015, 451.

²² Cfr., Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240.

²³ Sul valore della regola di comportamento, volendo il nostro, *Il profilo cognitivo della messa alla prova*, in *La Giustizia Penale*, fasc. IV, parte III, 2019, cc. 224-244.

²⁴ Sulla struttura riformata della sospensione, tra gli altri, F. AGNINO, *Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato*, in BASSI - PARODI (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (cd. Riforma Cartabia)*, in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, Milano, 2022, 401-420; NATALINI, *Messa alla prova su richiesta del Pm e per tutti i delitti a citazione diretta*, in AMATO - BIARELLA - BRICCHETTI - CANZIO - FIORENTIN - MINNELLA - NATALINI - PADOVANI - SACCHETTINI - SPANGHER, *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale. Commento sistematico al decreto legislativo del 10 ottobre 2022 n. 150*, Milano, 2023, 116-121; VERGINE - MAZZOTTA, *La sospensione del procedimento con messa alla prova secondo la Cartabia, una mossa poco coraggiosa*, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 473-483.

Sul modello originario, tra gli altri, MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017.

²⁵ Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 14,

²⁶ Corte cost., 5 luglio 2018, n. 141.

il provvedimento che dispone la ripresa del procedimento non è immediatamente ricorribile per cassazione ma è appellabile insieme alla sentenza che definisce il grado di giudizio²⁷).

Sicché, per individuare la parte pubblica legittimata al ricorso – quindi, per stabilire a quale ufficio faccia riferimento l'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. – è necessario considerare le attribuzioni funzionali stabilite dall'art. 51, co. 1, c.p.p., correlarle al co. 2 dell'art. 464-*bis* c.p.p. e, in quel prisma, considerare il combinato disposto degli artt. 570, co. 1, 1° per. e 608, co. 4, ult. per., c.p.p.

La prospettiva è di facile intelligibilità: poiché nelle fasi in cui può inserirsi la richiesta – o l'adesione – la titolarità dell'accusa spetta ai magistrati della procura della Repubblica presso il Tribunale, non può che essere questo l'unico ufficio titolare del diritto ad impugnare l'ordinanza che ammette alla prova per sollecitare il sindacato giudiziale sulla sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 168-*bis* c.p.²⁸. Va escluso, il procuratore generale, non essendo istituito presso il giudice che ha emesso il provvedimento gravato, dal quale ripete, appunto, tale investitura.

Ulteriori riferimenti al sistema supportano la soluzione offerta.

Il primo si ricava dall'art. 568, co. 3, c.p.p., vale a dire dalla tassatività del versante soggettivo delle impugnazioni. Il secondo si evince, in via generale, dal richiamo dell'art. 464-*quater*, co. 1, ult. per., c.p.p. all'art. 127 c.p.p. e, in particolare, dalla combinazione del co. 7 dell'art. 127 c.p.p. con il co. 1, letto nel cono dell'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p., che prescrive la comunicazione o la notificazione dell'ordinanza del giudice «alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori», esattamente: al pubblico ministero (istituito presso il giudice al quale l'imputato ha formulato richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, ex co. 1 e 2 dell'art. 464-*bis* c.p.p.), all'imputato e alla persona offesa²⁹, che possono proporre ricorso per cassazione. Non anche al procuratore generale, in quanto nel concetto di *parte* impiegato nell'art. 127, co. 1, c.p.p. – a cui rimanda il co. 7 dell'art. 127 c.p.p. – non può comprendersi la procura generale, rimasta estranea alla procedura differenziata, quando, al contrario, l'espressione utilizzata rinvia ai suoi concreti protagonisti (artt. 464-*bis*, co. 1; 464-*quater*, co. 2 («sentite le parti nonché la persona offesa»)).

²⁷ Cass., VI, 1° febbraio 2023, n. 8721.

²⁸ «Il ricorso per cassazione avverso il provvedimento ammissivo previsto dall'art. 464-*quater*, comma 7 c.p.p. è ammissibile solo per contestare la legittimità e non già il merito; pertanto, non possono essere dedotte questioni rilevanti che attengono al merito, nonché i termini della loro esecuzione ovvero la congruità rispetto al fatto commesso e alle finalità rieducative che giustificano il provvedimento stesso»: Cass., VI, 9 novembre 2021, n. 1603.

Cfr., Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, n. 33216, cit.

²⁹ La persona offesa può impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova per eccepire soltanto l'omessa citazione all'udienza di trattazione della richiesta di sospensione avanzata dall'imputato ovvero la sua mancata audizione, qualora comparsa, all'udienza nella quale è stata decisa la messa alla prova. In entrambe le ipotesi, la persona offesa può ricorrere per cassazione solo per far valere una nullità. Al di fuori di tali casi, ella può solo sollecitare il pubblico ministero, sul modello di cui all'art. 572 c.p.p., ad impugnare l'ordinanza. Letteralmente, DIDDI, *La fase di ammissione alla prova*, in TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuta del fatto*, Torino, 2014, 130.

In tal senso, in giurisprudenza, da ultima, Cass., VI, 19 aprile 2023, n. 19931.

Specularmente, a quegli stessi soggetti, il segmento degli artt. 464-*septies*, co. 7, 127, co. 7 e 128, co. 1, ult. per., c.p.p. prevede la comunicazione o la notificazione dell'avviso di deposito dell'atto *de quo*, contenente l'indicazione del dispositivo, poiché a costoro la legge (artt. 464-*quater*, co. 7; 464-*quater*, co. 1, ult. periodo; 127, co. 7, c.p.p.) attribuisce il diritto di impugnare.

A ben vedere, le vie percorse escludono la disponibilità del controllo in capo ai magistrati della procura generale e tolgono fondamento al distinguo operato (implicitamente) dalle Sezioni unite a proposito della connessione tra *comunicazione* e *forma impugnatoria*. Di conseguenza, non sussistendo alcun onere di partecipare la sospensione – se non verso le parti (procuratore della Repubblica e imputato), la persona offesa e i difensori – il procuratore generale non è legittimato ad impugnarla autonomamente né contestualmente alla sentenza di proscioglimento.

Il quadro dei gravami della declaratoria di estinzione del reato va chiarito, dal momento che escludiamo – anche per tale decisione e, ancora una volta, opponendoci diritto vivente – una diffusa impugnabilità sul versante soggettivo.

Invero, mentre è generale la titolarità dell'appello in capo al procuratore della Repubblica, giusto il combinato disposto degli artt. 593, co. 2 e 593-*bis*, co. 1, c.p.p.³⁰; quella del procuratore generale è subordinata ad una pregressa ipotesi di avocazione del procedimento o all'ipotesi di acquiescenza al provvedimento prestata dal procuratore della Repubblica (artt. 593-*bis*, co. 2, c.p.p.; 166-*bis* c.p.p.³¹).

Riguardo al ricorso in cassazione, invece, considerati gli effetti preclusivi del combinato disposto degli artt. 464-*bis*, co. 2; 464-*ter* (che esclude il rito speciale in grado di appello) e 608, co. 1, c.p.p., il procuratore generale può ricorrervi nelle forme dell'art. 569 c.p.p. soltanto alle condizioni poste dall'art. 593-*bis*, co. 2, c.p.p.; diversamente per il procuratore della Repubblica, il quale può provvedervi immediatamente, godendo della facoltà di appellare la sentenza *de qua*³².

³⁰ In data 8 marzo 2023 è stato assegnato alla Commissione Giustizia del Senato la proposta di legge S. 202, d'iniziativa del senatore Zanettin, recante "Modificazioni al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento".

In tema, ANDOLINA, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del pubblico ministero*, in *Proc. pen. giust.*, 11 aprile 2023.

³¹ Cass., SS. UU., 23 febbraio 2023, n. 21716.

³² Diversamente, l'orientamento consolidato della Cassazione, per il quale anche la sentenza che, ai sensi dell'art. 469-*septies* c.p.p., definisce il procedimento speciale di messa alla prova e dichiara che la prova ha avuto esito positivo con conseguente estinzione del reato è ricorribile per cassazione, secondo i principi generali fissati dall'art. 111, co. 7°, Cost. e dall'art. 568, co. 2 e 3, c.p.p.

Da Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, n. 33216, cit.

Con argomentazioni che si condividono – ma che nella nostra concezione sono da riferirsi alle differenti situazioni di ricorso immediato in cassazione ex art. 568 c.p.p. – Cass., VI, 10 giugno 2020, n. 21046 – il perimetro della cognizione dei due giudizi di cognizione attivabili dal pubblico ministero, quello avverso l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p. e quello avverso la sentenza di cui all'art. 469-*septies* c.p.p. è necessariamente diverso: con il ricorso per cassazione avverso la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato non possono essere proposti motivi attinenti all'ammissibilità della richiesta di sospensione del processo con messa alla prova o all'originaria insussistenza di uno dei presupposti stabiliti dall'art. 168-*bis* c.p.p. per l'accesso al rito speciale – così, Cass., VI, 10 giugno 2020, n. 21046 –, essendo gli stessi preclusi dall'avvenuta decorrenza del termine entro il quale deve essere proposta l'impugnazione avverso l'ordinanza

Nemmeno sarebbe prevedibile un'ipotesi di concorrenza delle impugnazioni proposte da entrambi i procuratori. L'art. 570, co. 1, ult. per., c.p.p., pur autorizzandola come congiuntura ideale, la esclude nel caso di specie, dal momento che la subordina al presupposto di una duplice autonoma titolarità, e quindi all'ammissione di possibili diverse richieste ad opera dei due organi, entrambi legittimati ad impugnare³³.

La ricostruzione offerta soffre un'eccezione, che si rintraccia nella linea degli artt. 51, co. 2; 372, 412, 413; 464-*bis*, co. 1; 464-*quater*, co. 7, c.p.p.: l'avocazione³⁴ coinvolge il procuratore generale – soggetto naturalmente estraneo nel procedimento – *trasferendogli* le attribuzioni del procuratore della Repubblica, tra cui i poteri impugnatori dell'ordinanza di sospensione.

Solo in questo caso, e nei termini indicati, si *relativizza* l'unità con cui le Sezioni unite definiscono il versante soggettivo del regime impugnatorio della messa alla prova. Per il resto, l'intervento giudiziale svela un *illegale* dominio del giudice sul diritto.

di cui all'art. 464-*quater*, co. 3 e 7, c.p.p. Al contrario, ben potranno essere dedotte, secondo le regole ed i limiti del giudizio di legittimità, censure attinenti alla fase del procedimento successiva all'ordinanza di sospensione, di natura processuale ovvero *errores in iudicando*, anche sotto il profilo dell'illogicità della motivazione. Pertanto – conclude Cass., V, 14 gennaio 2020, n. 5903; conf., *Id.*, Cass., VI, 9 novembre 2021, n. 1603 – è inammissibile il ricorso in cassazione del pubblico ministero contro la sentenza che dichiari l'estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova, ai sensi dell'art. 464-*septies*, c.p.p., quando denunci vizi afferenti al provvedimento di sospensione del processo, di cui all'art. 464-*quater* c.p.p. che avrebbero potuto essere fatti valere contro quest'ultimo.

³³ Sulla necessità che gli uffici del pubblico ministero siano muniti della legittimazione ad impugnare, BARGIS, *Impugnazioni*, in *Id.*, *Compendio di Procedura penale*, X ed., 2020, 760.

³⁴ Sulla riforma dell'avocazione per inerzia, tra gli altri, AMATO, *Le varie ipotesi di "avocazione" nella disciplina sollecitatoria*, in AMATO - L. BIARELLA - BRICCHETTI - CANZIO - FIORENTIN - MINNELLA - NATALINI - PADOVANI - SACCHETTINI - SPANGHER, *Riforma Cartabia*, cit., 66-70; LA REGINA, *L'archiviazione nel vortice efficientista*, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., 291-296; PARODI, *L'indicazione delle priorità e i poteri di avocazione*, in BASSI - PARODI (a cura di), *La riforma del sistema penale*, cit., 15-18.

La Corte di cassazione conferma l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 103 c.p.p. anche ai difensori senza mandato

Matteo Giacomo Arcaro*

Sommario: **1.** Il provvedimento *de quo*. - **2.** Premesse di carattere generale: le garanzie di cui all'art. 103 c.p.p. - **3.** Il nodo ermeneutico: l'interpretazione del comma 2 dell'art. 103 c.p.p. - **4.** Conclusioni.

ABSTRACT

La sentenza in esame si occupa di un contrasto giurisprudenziale relativo al disposto dell'art. 103 c.p.p., contenente la disciplina delle intercettazioni, delle ispezioni, delle perquisizioni e dei sequestri espletati presso gli studi dei difensori. In particolare, il contrasto riguarda l'applicabilità delle garanzie previste dai commi 2, 3 e 4 al solo difensore dell'indagato o dell'imputato nel procedimento in cui si ritenga necessario svolgere attività di ispezione, perquisizione o sequestro, oppure anche ai casi in cui tali atti vengano eseguiti nello studio di un difensore che abbia assunto la difesa di qualsiasi assistito, anche in un procedimento del tutto estraneo rispetto a quello in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro venga compiuta, sempre che vi sia fondato motivo di ritenere che tali attività possano incidere su documenti che rappresentano "oggetto di difesa" in un altro procedimento, rispetto al quale i documenti stessi si trovano in collegamento. La risoluzione della questione passa dall'interpretazione della disposizione.

The judgment in question deals with a jurisprudential conflict relating to the provision of art. 103 Code of criminal Procedure, containing the discipline of the interceptions, the inspections, the searches and the seizures of defence firms. In particular, the contrast concerns the applicability of the guarantees provided for in paragraphs 2, 3 and 4 only to the lawyer of the suspect or the accused in the proceedings in which it is considered necessary to carry out inspection, search or seizure activities, or even to cases in which such acts are carried out in the office of a lawyer who has taken the defence of any of his or her witnesses, even in proceedings which are completely unrelated to those in which the activity of inspection, search and seizure is carried out, provided that there is good reason to believe that such activities may affect documents which are "the subject-matter of a defence" in another proceeding, in respect of which the documents themselves are linked. The resolution of the question passes from the interpretation of the provision.

* Cultore della materia Diritto processuale penale - Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

1. Il provvedimento de quo.

Con sentenza n. 44892 del 25 novembre 2022 la seconda Sezione penale della Corte di cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: «*Le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 cod. proc. pen. non riguardano solo il difensore dell'indagato o dell'imputato nel procedimento in cui sorge la necessità di svolgere attività di ispezione, perquisizione o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengano eseguiti nello studio di un professionista iscritto all'albo degli avvocati, che abbia assunto la difesa di qualsiasi assistito, sia nello specifico procedimento che in altro procedimento, anche del tutto estraneo rispetto a quello in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro venga compiuta, atteso che non si tratta di privilegi di categoria, finalizzati alla tutela della dignità dei suoi appartenenti, ma del riflesso dell'inviolabilità del diritto di difesa, come diritto fondamentale della persona garantito dall'art. 24 della Costituzione*».

Nel caso di specie il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Livorno proponeva ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale stesso, in veste di Tribunale del riesame, con cui il giudice annullava il decreto di convalida di sequestro emesso dal Pubblico ministero, limitatamente ai beni e documenti reperiti a seguito di perquisizione avvenuta presso lo studio legale dell'indagato, disponendone per l'effetto la restituzione.

Il Tribunale del riesame riteneva sussistenti gli estremi per la violazione dell'art. 103 c.p.p., sostenendo che le garanzie previste dal terzo e dal quarto comma trovano applicazione anche in ipotesi di perquisizione eseguita a carico dello stesso difensore a norma del primo comma, lett. a) dell'art. 103 c.p.p., ossia quando lo stesso assuma le vesti di indagato o imputato.

L'atto di impugnazione del Pubblico ministero si fondava sulla violazione, da parte del Tribunale del riesame, dell'art. 103 c.p.p. per come dallo stesso interpretato, e cioè per l'estensione delle garanzie contemplate dai commi 2, 3 e 4 anche alle ipotesi in cui il difensore rivesta semplicemente la qualità di imputato.

Nel caso di specie l'indagato si ipotizza partecipe di un'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti di natura fallimentare e tributaria, oltre che per truffe, autoriciclaggio e reimpiego di denaro di illecita provenienza, tramite la messa a disposizione della propria attività professionale alla realizzazione dei reati-fine prefissati dal sodalizio criminoso.

L'organo requirente lamentava, come detto, l'erronea interpretazione dell'art. 103 da parte del giudice del riesame, sulla scorta dell'indissolubile collegamento tra condotta illecita e attività professionale svolta, atteso che l'indagato riveste la qualità di difensore di alcuni dei coindagati in altri procedimenti. Sulla base dell'asserito intreccio tra attività illecita e attività professionale, strumentale alla prima, il Tribunale riteneva applicabili le garanzie di cui all'art. 103 in ogni caso di perquisizione e conseguente sequestro di carte e documenti presso uno studio legale. Tale interpretazione, secondo il Pubblico ministero, darebbe adito a intenti criminosi, limitando la possibilità di sequestrare carte e documenti ai soli casi in cui questi costituiscono corpo del reato nonostante il difensore rivesta la qualità di indagato. Tale interpretazione si porrebbe altresì in contrasto con gli articoli 3 e 112 della Costituzione, dando vita a

una disparità di trattamento tra situazioni uguali e ostacolando l'esercizio dell'azione penale del pubblico ministero.

Infine, l'interpretazione avallata dal giudice si porrebbe in contrasto con la lettera della disposizione, atteso che il legislatore ha ritagliato in maniera precisa l'ambito applicativo delle garanzie di cui ai commi 2, 3 e 4, indirizzandole alla tutela della funzione difensiva dell'avvocato, e non della qualità di difensore in quanto tale. Ne deriva che, secondo l'impostazione condivisa dal pubblico ministero, l'incarico professionale funge da *condicio sine qua non* per l'operatività delle succitate garanzie, dando luogo, in caso di diversa impostazione, ad un'illegittima ipotesi di immunità penale, diversamente da quanto previsto dalla norma, che «*trova concreta applicazione non a priori ma ex post, al momento del vaglio della documentazione acquisita*».

Prima di passare all'esame delle motivazioni della sentenza, è utile analizzare brevemente la disposizione in esame.

2. Premesse di carattere generale: le garanzie di cui all'art. 103 c.p.p.

Partiamo dal panorama normativo.

L'art. 14 della Costituzione dichiara inviolabile il domicilio, disponendo al comma 2 che «*non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale*», ossia tramite atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei solo casi e modi previsti dalla legge (art. 13, co. 2 Cost.); l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) stabilisce il diritto al rispetto del domicilio, il cui esercizio non può subire ingerenze «*da un'autorità pubblica[...] a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.*»; l'art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (Patto 19 dicembre 1966) recita: «*Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza*». Infine, l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta 12 dicembre 2007) dispone che «*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*».

Le esigenze di tutela del domicilio, sentite sia in Costituzione che nelle fonti internazionali succitate, si illuminano quando toccano uno dei luoghi dove il difensore espleta la sua attività, dove quindi trova concreto esercizio la sua funzione, costituzionalmente tutelata dall'art. 24, co. 2 Cost., e dove quindi è presente il materiale inerente al rapporto con l'assistito, ossia lo studio legale.

Anche il codice di procedura penale del 1930 teneva conto delle esigenze appena viste. All'uopo, prevedeva una norma volta a limitare il potere di sequestro presso difensori e consulenti tecnici, ossia l'art. 341¹. Ciò che non poteva essere sequestrato

¹ La disposizione recitava: «*Presso i difensori e i consulenti tecnici non si può procedere al se-*

- e che oggi chiamiamo "oggetto della difesa" - era la documentazione "ricevuta in consegna" dal difensore o dal consulente tecnico "per l'adempimento" dell'ufficio. Di conseguenza si riteneva non soggetto a disciplina il materiale non sottoposto alla disponibilità del difensore perché allo stesso non consegnato, oltre a ciò che non era funzionale all'espletamento della difesa².

L'esigenza di tutelare il rapporto tra difensore e assistito permea l'art. 103 del vigente codice di procedura penale, contenente norme volte a garantire il libero esercizio della funzione difensiva rispetto ad eventuali intrusioni del potere investigativo, specie in ordine alle attività di ricerca della prova, rispetto alle quali l'ufficio del difensore riceve una tutela rafforzata, in linea con quanto previsto dalla legge delega³ e dalla Relazione al progetto preliminare del codice vigente⁴.

Il suddetto articolo, rubricato "garanzie di libertà del difensore", è composto da sette commi. Il primo detta una disciplina relativa al difensore imputato⁵, il secondo ne detta una relativa sempre al difensore, ma come espressione della funzione dallo stesso svolta.

Il comma 1, volto a definire il perimetro soggettivo e oggettivo delle attività di ricerca della prova negli studi dei difensori imputati, recita: «*Le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono consentite solo: a) quando essi o altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio sono imputati, limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito; b) per rilevare tracce o altri effetti del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate*».

questro delle carte o dei documenti che hanno ricevuto in consegna per l'adempimento del loro ufficio, salvo che tali carte o documenti facciano parte del corpo del reato».

² SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, 2001, 170-171.

³ L'art. 1, n. 4) della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale) richiede che il codice di rito contenga la «*previsione di garanzie per la libertà del difensore in ogni stato e grado del procedimento*».

⁴ *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, 46: «*è stato dibattuto ampiamente il tema delle garanzie di libertà del difensore, nella consapevolezza che in un processo di parti la funzione difensiva, al pari di quella di accusa, deve essere fortemente tutelata e che, dunque, era necessario dare contenuti concreti e specifici alla direttiva 4 della legge-delega. Ne è risultato l'articolo 102, nel quale, sotto la rubrica, appunto, "Garanzie di libertà del difensore" si è ritenuto, in primo luogo, di raccogliere varie disposizioni che nel Progetto del 1978 erano distribuite in varie altre norme: in tema di ispezioni, di perquisizioni, di sequestri, di intercettazione di comunicazioni. Ciò rende più palese che si tratta di disposizioni tutte coordinate alla tutela della funzione difensiva*».

⁵ O indagato, posto che l'art. 61 c.p.p. estende alla persona sottoposta alle indagini preliminari i diritti e le garanzie dell'imputato. A fortiori, DE PIETRO, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1993, 661, sottolinea che «*non avrebbe alcun senso il testo del quarto comma dell'art. 103 c.p.p. nella parte in cui prevede che, nel corso delle indagini preliminari, il provvedimento di ispezione, perquisizione o sequestro debba essere adottato dal giudice ed eseguito dal P.M., se non ritenesse equiparabile all'imputato, cui fa letteralmente riferimento il primo comma, lett. a), la figura dell'indagato*».

La previsione di cui alla lettera a) mira ad evitare che l'atto d'indagine sia finalizzato alla scoperta di documenti che nulla hanno a che vedere con il procedimento penale a carico dell'imputato stesso⁶.

La previsione di cui alla lett. b) contempla un perimetro di ricerca più ristretto rispetto a quello di cui all'art. 247 c.p.p., che consente le perquisizioni, oltre che per la ricerca del corpo del reato, per la ricerca di «cose pertinenti al reato», laddove la lettera b) limita la ricerca a cose o persone specificamente predeterminate, al fine di evitare inutili ingressi negli studi legali senza che sia già prefissato l'oggetto della ricerca, onde prevenire una ricerca a tappeto⁷.

Si ritiene che il reato di cui alla lett. a) debba corrispondere a quello di cui alla lett. b)⁸, con l'effetto di impedire in maniera assoluta ispezioni e perquisizioni negli uffici dei difensori se essi o chi svolge stabilmente attività nello stesso ufficio non sono imputati. Tale interpretazione sembra la più corretta alla luce del collegamento risultante dalle due lettere. Inoltre, in base alla *ratio* della norma, le garanzie di libertà del difensore (di cui alla rubrica dello stesso articolo 103) troverebbero tutela anche dal punto di visto oggettivo. Tuttavia, non si vede ragione per limitare tali attività alle ipotesi in cui siano i difensori ad essere imputati, potendo emergere dalle indagini l'esigenza di ricercare una specifica cosa o una specifica persona che si abbia fondato motivo di ritenere che si trovi nei predetti luoghi.

Il comma 2 dell'art. 103 c.p.p. vieta il sequestro di “carte e documenti relativi all'oggetto della difesa” presso i difensori, gli investigatori privati e i consulenti tecnici autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, salvo che tale materiale costituisca corpo del reato⁹. Anche qui, il perimetro oggettivo muta rispetto a quello più ampio dettato dall'art. 253 c.p.p., che consente il sequestro anche per le «cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti». Il corpo del reato comprende una quantità di cose che fa parte della più ampia categoria delle “cose pertinenti al reato”. Tra i due difatti si instaura un rapporto tra genere e specie¹⁰.

Per quanto riguarda le carte e i documenti, la formula linguistica sembra alludere a ricomprendere nel divieto tutto ciò che potrebbe, per qualsivoglia ragione, non rientrare nel concetto di documento¹¹. Sulla formula, poi, non poche sono state le critiche, dovute alla mancata contemplazione, all'interno del divieto, di cose diverse dai documenti, di cui comunque la difesa potrebbe servirsi¹². Infine, il divieto opera per quanto costituisce “oggetto della difesa”, ossia per tutto ciò che in qualche modo sia riconducibile all'attività difensiva.

⁶ CRISTIANI, Art. 103, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, I, 1989, Torino, 473.

⁷ FRIGO, Art. 103, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO - DOMINIONI, I, Milano, 1988, 660.

⁸ DE PIETRO, *op. cit.*, 662.

⁹ Secondo l'articolo 253, co. 2 c.p.p. costituiscono corpo del reato «le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo».

¹⁰ MELCHIONDA, *Sequestro* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, 150; GALANTINI, Art. 321, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 272; SCALFATI, *op. cit.*, 173.

¹¹ SCALFATI, *op. cit.*, 179.

¹² V. SCALFATI, *op. cit.*, 182; FRIGO, *op. cit.*, 662.

In presenza delle condizioni di cui al comma 2 operano le garanzie previste dai commi 3 e 4. L'autorità giudiziaria è tenuta a pena di nullità a dare avviso al consiglio dell'ordine forense del luogo perché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere alle operazioni, con diritto di vedersi consegnata copia del provvedimento qualora ne faccia richiesta.

Il comma 4 prescrive invece che alle operazioni di ispezione, perquisizione e sequestro negli uffici dei difensori proceda *«personalmente il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero in forza di motivato decreto di autorizzazione del giudice»*. La figura del giudice è espressione di garanzia circa il libero esercizio del diritto di difesa. La norma, com'è facilmente intuibile, vieta la delega alla polizia giudiziaria da parte del pubblico ministero, che dovrà presenziare alle attività di ricerca della prova oggetto del decreto di autorizzazione del giudice, il quale deve contenere una congrua motivazione circa la sussistenza di tutti i presupposti di cui al comma 2.

Il comma 7, infine, dispone l'inutilizzabilità dei risultati delle ispezioni, perquisizioni e sequestri eseguiti in violazione delle disposizioni appena citate.

3. Il nodo ermeneutico: l'interpretazione del comma 2 dell'art. 103 c.p.p.

Il pubblico ministero lamentava, come sopra accennato, un'erronea interpretazione dell'art. 103 c.p.p. volta ad estendere le garanzie di libertà del difensore anche alle ipotesi di perquisizioni e sequestri posti in essere contro legali indagati o imputati. A tal fine, l'organo di accusa citava una giurisprudenza volta ad escludere le predette garanzie al difensore indagato, sulla scorta di un'interpretazione che ravvisa l'oggetto di tutela delle stesse garanzie non nella figura dell'esercente la professione forense, ma nella funzione difensiva e nell'oggetto della difesa, atteso che *«in tema di sequestro da eseguirsi nell'ufficio di un difensore, qualora il mezzo di ricerca della prova venga disposto nell'ambito di un procedimento relativo ad un reato attribuito al difensore medesimo, non è necessario l'avviso al Consiglio dell'ordine forense di cui al comma 3 dell'art. 103 c.p.p., e ciò in quanto nella predetta ipotesi, atteso che il soggetto attivo del reato non è la persona assistita bensì una persona che esercita la professione legale, non viene in rilievo la tutela della funzione difensiva e dell'«oggetto della difesa», cui è finalizzata la disposizione in esame»*¹³.

Come sopra accennato, nel caso di specie all'indagato si addebita la partecipazione ad un'associazione per delinquere, il cui ruolo sarebbe, secondo l'ipotesi accusatoria, la fornitura di assistenza professionale per la realizzazione dei reati-fine prefissati dal sodalizio. Inoltre, al momento della perquisizione, l'indagato difendeva altri asserriti partecipanti alla suddetta associazione in separati procedimenti. Sulla scorta di quanto detto, la Cassazione ha prospettato un'interferenza tra attività professionale dell'indagato e attività di ricerca della prova espletata dal pubblico ministero, cui si

¹³ Cass. pen., Sez. II, 12/11/1998, n. 6766. Dello stesso avviso Cass. pen., Sez. II Sent., 21/08/2012, n. 32909; Cass. pen., Sez. V, 12/09/2003, n. 35469; Cass. pen., Sez. II, 20/09/2006, n. 31177; Cass. pen., Sez. VI Sent. 25/02/2019, n. 8295; Cass. pen., Sez. III, 07/06/2017, n. 28069; Cass. pen., Sez. I, 18/06/2015, n. 25848.

accompagna un forte intreccio tra attività professionale e attività illecita attribuita all'indagato.

Dal quadro indiziario la Cassazione ha dedotto che *«pare arduo escludere che nella specie venga in rilievo la tutela della funzione difensiva e dell'oggetto della difesa»,* cui sono finalizzate le garanzie dell'art. cod. proc. pen.».

In relazione al procedimento nel cui ambito sono avvenuti perquisizione e sequestro, l'indagato non aveva un incarico defensionale. Questo è l'ulteriore argomento posto a fondamento dell'impugnazione del pubblico ministero, confutato dalla Cassazione sulla base della giurisprudenza secondo cui le garanzie difensive di cui all'art. 103 c.p.p. *«non vanno limitate al difensore dell'indagato o dell'imputato nel cui procedimento sorge la necessità di attività di ispezione, ricerca o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengono eseguiti nell'ufficio di un professionista, iscritto all'albo degli avvocati e procuratori, che abbia assunto la difesa di assistiti, anche fuori del procedimento in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro viene compiuta»*¹⁴.

A corroborare tale ricostruzione sono intervenute le Sezioni Unite¹⁵, secondo cui *«l'operatività dei limiti e delle garanzie previsti dall'art. 103 c.p.p. per le ispezioni e perquisizioni da eseguire negli uffici dei difensori non è subordinata alla condizione che tali atti siano disposti dall'autorità giudiziaria nello stesso procedimento in cui è svolta l'attività difensiva. Ne consegue che deve ritenersi illegittima la perquisizione di uno studio di un difensore disposta dal p.m. ed eseguita dalla polizia giudiziaria senza l'osservanza delle prescrizioni dell'art. 103 commi 3 e 4 c.p.p., anche se con riferimento ad un procedimento diverso da quello in cui era svolta l'attività difensiva»*. La pronuncia in esame riprende integralmente le ragioni delle sezioni unite.

La sentenza delle sezioni unite aveva avuto il ruolo di redimere il contrasto tra i due contrapposti orientamenti interpretativi.

Il primo *«ritiene che "le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 c.p.p. sono riferibili ai soli avvocati che assumono l'ufficio di difensore nel procedimento nel quale vengono disposti la perquisizione o il sequestro e non ai legali che svolgano o abbiano svolto l'ufficio in favore dell'attuale investigato, ma in diversi affari o procedimenti" (Sez. VI, 22 gennaio 1991, Grassi, in Cass. pen., 1991, II, p. 721, n. 246)»*.

Il secondo *«giunge alla conclusione che tali garanzie "non vanno limitate al difensore dell'indagato o dell'imputato nel cui procedimento sorge la necessità di attività di ispezione, ricerca o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengono eseguiti nell'ufficio di un professionista, iscritto all'albo degli avvocati e procuratori, che abbia assunto la difesa di assistiti, anche fuori del procedimento in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro viene compiuta" (Sez. VI, 27 ottobre 1992, Genna, in Cass. pen., 1993, p. 2020, n. 1187)»*.

A sostegno del primo orientamento veniva addotta *«la "sedes materiae", perché l'art. 103 c.p.p. è norma che è inserita nel libro primo del codice di procedura penale, che regola i soggetti, e tali possono considerarsi solo coloro che siano in concreto intervenuti, anche se con ruolo diverso dalle parti, nel rapporto processuale»*. A soste-

¹⁴ Cass. pen., Sez. VI, n. 3804 del 27/10/1992.

¹⁵ Cass. pen., Sez. Unite, 12/11/1993, n. 25, in *Foro It.*, 1994, II, 205.

gno del secondo veniva «ricordato che i lavori preparatori, dalla Relazione al Progetto preliminare del 1978 alle discussioni parlamentari, contengono chiare indicazioni a sostegno del secondo orientamento», rilevando «che “non c'è nessuna ragione, né letterale, né logica, né sistematica, di limitare la garanzia al difensore dell'indagato nel cui procedimento sorge la necessità di attività di ispezione, ricerca, sequestro o intercettazione”; che la limitazione sarebbe ingiustificata perché darebbe “la possibilità di incidere sulla sfera riservata al difensore attraverso attività investigative formalmente estranee al procedimento de quo, ma che potrebbero far acquisire indirettamente alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero notizie ed elementi utili ai fini dell'indagine”; che “non si tratta di privilegi di categoria giacché la tutela apprestata non è finalizzata... alla “dignità” professionale degli avvocati, ma al libero ed ampio dispiegamento dell'attività difensiva e del segreto professionale (così come negli artt. 200 e 256 c.p.p.), che trovano il diretto supporto nell'art. 24 Cost., che sancisce la inviolabilità della difesa, come diritto fondamentale della persona (art. 2 Cost.)”».

Aderendo al secondo orientamento, le Sezioni unite sottolineavano che non vi erano ragioni per ritenere che le garanzie di cui all'art. 103 fossero limitate al difensore del procedimento in cui veniva svolta attività difensiva¹⁶, né che tale limitazione potesse considerarsi «implicita perché il codice quando parla di difensori fa necessariamente riferimento a quelli a quelli del procedimento in cui è compiuto l'atto considerato». Cioè a dire che con il termine difensore l'art. 103 non fa riferimento al difensore incaricato per lo specifico procedimento ma al “ruolo” di difensore¹⁷. In particolare

¹⁶ L'impostazione contraria si basava sulla collocazione dell'art. 103, norma inserita nel libro primo del codice di procedura penale, rubricato “i soggetti”. Ne conseguirebbe che i soggetti possono essere considerati solo coloro che sono in concreto intervenuti nel procedimento stesso, anche se con ruolo diverso dalle parti.

¹⁷ «È significativa innanzi tutto la lettera della legge, dato che nell'art. 103 non vi sono parole per indicare che le garanzie previste sono destinate ad operare solo per gli atti di ricerca della prova compiuti nel procedimento in cui è svolta l'attività difensiva. Né si può dire che questa limitazione è implicita perché il codice quando parla di difensori fa necessariamente riferimento a quelli del procedimento in cui è compiuto l'atto considerato. Infatti un'affermazione del genere si risolverebbe in una petizione di principio, dando per dimostrato quello che è appunto da dimostrare, e cioè che con il termine “difensori” il codice non si riferisce mai alle persone che svolgono attività difensiva, indipendentemente dal procedimento in cui la svolgono. Ma c'è di più: l'art. 103 non sarebbe comunque il solo a parlare di “difensori” in relazione ad una qualità professionale anziché ad uno specifico procedimento visto che si esprimono in modo analogo anche gli artt. 97 comma 2 (dove si parla di “elenchi dei difensori”) e 613 comma 1 (dove si parla di “difensori iscritti nell'albo speciale della corte di cassazione”).

È da notare inoltre che nell'art. 103 si parla al plurale di «difensori» e di «uffici dei difensori», od anche, con l'articolo indeterminativo, di «ufficio di un difensore», mentre generalmente il codice usa il sostantivo difensore al singolare con l'articolo determinativo o la preposizione articolata («il difensore», «del difensore», ecc.), per “indicare la titolarità” di diritti, facoltà e doveri all'interno del procedimento, parlando al plurale di “difensori” solo quando intende riferirsi alle diverse parti del processo (e non è il caso dell'art. 103) o quando prende in considerazione genericamente le persone che svolgono professionalmente l'attività difensiva, come avviene appunto nei già menzionati artt. 97 comma 2 e 613 comma 1; perciò deve ritenersi non solo che la parola “difensori” nell'art. 103, di per sé, non ha necessariamente il significato limitativo che gli si vorrebbe attribuire ma anzi che l'uso del plurale (“negli uffici dei difensori”; “presso i difensori”) sta ad indicare che la norma prende in considerazione l'attività difensiva e non il rapporto instaurato nel procedimento

l'uso del plurale (“uffici dei difensori”; “difensori”) «sta ad indicare che la norma prende in considerazione l'attività difensiva e non il rapporto instaurato nel procedimento in cui sono compiuti gli atti di ricerca della prova».

In conclusione, l'odierna sentenza ha ritenuto irragionevole una disparità di trattamento sulla base del procedimento nel quale gli atti di ricerca della prova vengono compiuti. In particolare, il giudice nomofilattico ha ritenuto, riprendendo anche qui le conclusioni delle sezioni unite, che le garanzie previste dall'art. 103 sono volte ad evitare che le operazioni effettuate negli uffici dei difensori siano finalizzate a reperire illegittimamente documenti e atti relativi a un diverso procedimento¹⁸.

L'indirizzo testé citato dalle sezioni unite è stato seguito anche da altre pronunce, cui si confà anche l'odierna sentenza, secondo cui «le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 c.p.p. non riguardano solo il difensore dell'indagato o dell'imputato nel procedimento in cui sorge la necessità di svolgere attività di ispezione, perquisizione o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengono eseguiti nello studio di un professionista iscritto all'albo degli avvocati, che abbia assunto la difesa di qualsiasi assistito, sia nel procedimento “de quo” che in altro procedimento, anche del tutto estraneo rispetto a quello in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro venga compiuta, atteso che non si tratta di privilegi di categoria, finalizzati alla “tutela” della dignità dei suoi appartenenti, ma del riflesso dell'inviolabilità del diritto di difesa, come diritto fondamentale della persona garantito dall'art. 24 cost.¹⁹».

La dicotomia tra i due indirizzi fa leva su una diversa interpretazione dell'art. 103 c.p.p., la cui soluzione porta inevitabilmente alla soluzione del problema.

Il primo orientamento opta per un'interpretazione puramente letterale delle disposizioni ivi contenute, facendo leva sulla connessione tra commi 1 e 2. Nello specifico, parlando la lettera a) di difensore imputato, e parlando il comma 2 di difensore

in cui sono compiuti gli atti di ricerca della prova.»

¹⁸ Cass. pen., Sez. Unite, 12/11/1993, n. 25: «Del resto se si considera la funzione delle garanzie dell'art. 103 ci si convince che sarebbe irragionevole una differenziazione di disciplina a seconda del procedimento nel quale vengono compiuti gli atti che incidono sul rapporto tra parte e difensore, perché se occorre evitare interferenze in questo rapporto, presa di cognizione o di atti tutelati con il segreto (artt. 200 e 256 c.p.p.) sequestro di carte e documenti relativi all'oggetto della difesa, diversi da quelli che costituiscono corpo del reato (art. 103 comma 2), l'esigenza si presenta con uguali caratteristiche per gli atti compiuti nello stesso procedimento in cui si svolge il rapporto difensivo e per quelli compiuti in altri procedimenti. In particolare i limiti del primo comma e le garanzie dei commi terzo e quarto dell'art. 103 sono diretti proprio ad evitare che con ispezioni e perquisizioni non strettamente necessarie negli uffici dei difensori, effettuate dalla polizia giudiziaria in modo incontrollato, si possa condurre una ricerca indiscriminata su tutti gli atti esistenti nell'ufficio del difensore, con la possibilità di acquisire o comunque di conoscere, solo perché relativi ad altri procedimenti, atti di un rapporto difensivo che il difensore ha diritto di mantenere segreti. Del resto è assai difficile immaginare che la lett. a) del primo comma sia stata dettata pensando alle ispezioni e alle perquisizioni negli uffici di persone che nello stesso procedimento svolgono attività difensiva, perché è assai improbabile che queste persone (od altre che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio) oltre alla veste di difensore (o di addetto all'ufficio del difensore) possano assumere quella di imputato».

¹⁹ Cass. pen., Sez. VI, 12/03/2001, n. 20295; Cass. pen., Sez. IV, 03/06/2014, n. 23002; Cass. pen., Sez. V Sent., 21/09/2020, n. 27988; Cass. pen., Sez. II Sent., 21/04/2017, n. 19255.

incaricato in relazione al procedimento, i fautori di tale impostazione dividono nettamente le due posizioni, in modo che le garanzie di cui ai commi 2 e seguenti possano operare esclusivamente in presenza di un mandato defensionale ed esclusivamente nell'ambito delle operazioni di ricerca della prova espletate nel procedimento in relazione al quale il mandato stesso viene conferito.

Viceversa, i fautori dell'impostazione "estensiva" optano per un'interpretazione teleologica delle disposizioni, facendo leva in particolare su quanto prospettato dal legislatore in fase di redazione dell'articolo in esame, il cui fine è la tutela della funzione difensiva. In realtà entrambi gli orientamenti sottolineano che oggetto di tutela non sia il difensore, ma il libero esercizio della sua funzione. Tuttavia, ciò che distanzia le due impostazioni è il conferimento dell'incarico. L'impostazione estensiva allarga le garanzie anche a chi non è difensore nel procedimento *de quo*, ma che risulterebbe bisognoso delle stesse esigenze di cui beneficerebbe se fosse difensore incaricato in quello specifico procedimento.

Come detto sopra, l'art. 103, specie per quel che riguarda la disciplina che va dal comma 2 in poi, è frutto di un bilanciamento di interessi, che ha portato ad una disciplina derogatoria rispetto a quella ordinaria in relazione ai mezzi di ricerca della prova. Questa non è applicabile solo ai difensori, ma anche agli investigatori privati e ai consulenti tecnici che ovviamente siano autorizzati e incaricati in relazione al procedimento. Trattasi in pratica di tutti quei soggetti che non sono difensori ma la cui attività professionale è indispensabile per la tattica difensiva.

Quanto detto corrobora la tesi secondo cui oggetto di tutela della norma non è il professionista in quanto tale ma il libero esercizio della sua funzione in relazione alla persona che ne beneficia²⁰, in linea con quanto espresso dal legislatore nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale.

Le garanzie operano senza dubbio con riguardo al procedimento in cui il difensore ha un mandato a difendere l'imputato coinvolto nelle suddette attività. Ma il punto da risolvere è se dette garanzie operino solo in questi casi oppure se la disciplina debba estendersi anche ad ipotesi in cui il difensore non è l'avvocato dell'indagato, e quindi in procedimenti diversi rispetto a quello in cui vengono espletate le attività di cui all'art. 103 c.p.p.

4. Conclusioni.

L'art. 103 c.p.p. non vieta l'espletamento di attività di ricerca della prova negli uffici dei difensori, ma ne detta una disciplina particolare, resa necessaria dalla delicatezza delle informazioni che i documenti ivi contenuti possono contenere, trattandosi di informazioni relative all'indagato e al suo rapporto con il difensore²¹.

²⁰ DINACCI, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2012, 23.

²¹ DE PIETRO, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1993, 661, dove si legge che «l'art. 103 adopera l'espressione «difensore» non nel senso di soggetto legato ad altro soggetto da mandato difensivo, ma nel senso di persona esercente professionalmente l'attività difensiva. La ratio della norma è da individuarsi nella tutela del diritto alla riservatezza e alla segretezza di tutti i clienti del difensore, specie per quelli non coinvolti nel procedimento penale nel

Tanto premesso, la disposizione in esame detta una prima disciplina con riguardo ai difensori imputati, nei cui studi legali le ispezioni e le perquisizioni possono avvenire solo per ricercare tracce o altri effetti materiali del reato oppure per la ricerca di cose o persone specificamente predeterminate. La disciplina, come già visto, rimane quella ordinaria, tranne per quel che riguarda l'oggetto della perquisizione, che viene ristretto rispetto a quello di cui all'art. 247 c.p.p.

Le stesse attività sono consentite negli stessi luoghi anche se il legale non riveste la qualità di imputato, nei cui casi sorgono particolari esigenze cui far fronte con altrettante particolari garanzie. Qui bisogna salvaguardare il rapporto tra difensore e assistito, la cui sacralità è scolpita nell'art. 24, co. 2 Cost. che predica il diritto di difesa come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. È chiaro che tale sacralità verrebbe meno se si consentisse "senza limiti" – *rectius*: con i limiti "ordinari" – all'autorità giudiziaria di disporre attività di ricerca della prova negli uffici dei difensori, onde si concretizzerebbe il rischio che l'organo requirente entri in possesso e a conoscenza di informazioni che rappresentano l'essenza di quel rapporto²², in particolare per quel che riguarda la tattica difensiva. Dall'altro lato, *ça va sans dire*, non si può certo impedire in maniera assoluta all'autorità giudiziaria di ricercare nei predetti luoghi cose che possano consentire la ricostruzione del fatto, dovendo essere garantito l'interesse all'accertamento.

Da qui la disciplina peculiare di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 103. Il sequestro delle carte e dei documenti rinvenuti nello studio legale può avvenire solo se tali materiali costituiscono corpo del reato, e le attività di ispezione, perquisizione e sequestro devono essere precedute dall'avviso al consiglio dell'ordine forense e poste in essere personalmente dall'autorità giudiziaria.

Il punto è, come detto sopra, capire in quali casi operano tali garanzie.

Come anticipato, *nulla quaestio* in caso di mandato difensivo in relazione al procedimento, come espressamente prevede il comma 2. Il problema si pone quando le attività di ricerca riguardano un avvocato cui non è stato conferito un incarico in relazione al procedimento *de quo*.

Se siamo giunti alla conclusione che oggetto di tutela della particolare disciplina in esame non è il difensore in quanto tale, ma la funzione dallo stesso espletata e quindi la libera ed efficace esplicazione del rapporto difensivo²³, allora possiamo giungere alla conclusione che non può essere un atto formale come il mandato defensionale a stabilire se trovi o meno applicazione il sistema di garanzie di cui ai commi 2, 3 e 4.

Nel caso di specie, in relazione al procedimento non c'era alcun mandato difensivo. Tuttavia, la Corte di cassazione ha deciso di annullare il decreto di perquisizione e quello di convalida del sequestro in quanto le attività di ricerca della prova avrebbero potuto carpire informazioni relative ai procedimenti degli asseriti compartecipi dell'indagato all'ipotetico sodalizio criminoso. Le ragioni non vertevano solo sull'ipotizzata partecipazione all'associazione per delinquere ma anche sulla circostanza che l'indagato era incaricato in altri procedimenti in cui erano coinvolti alcuni dei sodali. Usando le parole della Corte, «*pare arduo escludere che nella specie venga in rilievo*

corso del quale vengono disposti gli atti garantiti dalla norma processuale in oggetto».

²² DE PIETRO, *op. cit.*, 661.

²³ MONTAGNA, *In tema di sequestro presso il difensore*, in *Giur. it.*, II, 108.

la tutela della funzione difensiva e dell'«oggetto della difesa», cui sono finalizzate le garanzie dell'art. 103 cod. proc. pen.».

In altri termini, l'autorità giudiziaria ha ritenuto non configurabile la struttura garantistica nel caso di specie, non trattandosi, come recita il comma 2, di un difensore incaricato «in relazione al procedimento». Tuttavia, l'interpretazione letterale della disposizione contenuta nel comma 2 non basta se si stabilisce come premessa quella secondo cui la *ratio* della norma è di tutelare la funzione e la tattica difensiva, e la segretezza che le permea, e che interpretando in maniera puramente letterale il comma 2 finiremmo per escludere dal novero delle ipotesi contemplate dal sistema di garanzie proprio una serie di casi in cui c'è il rischio che attività di ricerca della prova si indirizzino formalmente verso «tracce o altri effetti materiali del reato cose o persone specificamente predeterminate» ma sostanzialmente incidenti su «carte e documenti oggetto della difesa». Nel caso di specie le attività di perquisizione e il relativo sequestro avrebbero potuto riguardare non solo il fatto addebitato all'indagato ma anche documenti relativi all'oggetto di difesa in relazione al rapporto tra l'indagato stesso e i suoi assistiti in altri procedimenti, dovendo trovare applicazione la disciplina garantista.

L'interpretazione della legge avviene alla stregua dei criteri di cui all'art. 12 delle Disposizioni della legge in generale (cd. Preleggi)²⁴.

Il comma 1 contempla il criterio letterale e il criterio teleologico. La norma va ricavata dal senso delle parole e dalla connessione tra esse, che rappresentano limite invalicabile per l'interprete, *in primis* per il giudice²⁵; il criterio teleologico (o per *ratio*) ricava la norma sulla base del fondamento, dello scopo e della funzione obiettiva della stessa²⁶.

I due criteri devono completarsi a vicenda, ma non si pongono sullo stesso livello. Ciò si evince dalla virgola contenuta nel comma 1, che precede l'inciso «e dall'intenzione del legislatore», che denota un peso specifico inferiore²⁷ oppure equivalente del criterio teleologico. Infine, il ricorso all'analogia *legis* è consentito esclusivamente quando manca una specifica disposizione che regoli la fattispecie concreta, motivo per cui «si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»

²⁴ «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.».

²⁵ Art. 101, co. 2 Cost: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

²⁶ VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano 2018, 77.

²⁷ Cass. civ., Sez. I, ord. del 14/6/2018, n. 15584, secondo cui è noto che: «nell'interpretazione della legge occorre primariamente riferirsi al criterio letterale, attribuendo cioè alla disposizione interpretanda il solo significato emergente dalle parole da essa impiegate secondo la connessione sintattica che si realizza tra di loro, risultando il criterio in parola di regola sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva. È, per converso, consentito ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della "mens legis", con il solo limite imposto dal divieto per l'interprete di correggere il significato delle parole impiegate dalla norma, soltanto qualora la lettera di essa risulti ambigua, l'uno e l'altro criterio potendo infine acquistare un ruolo ermeneutico paritetico allorché singolarmente impiegate si rivelino inidonei allo scopo».

e, se tali disposizioni mancano, si fa uso dell'analogia *iuris*, che consente di ricavare la norma da applicare alla fattispecie concreta ricavandola dai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

L'articolo 12 espressamente prevede una "preferenza" per il criterio letterale, nel senso che la norma ricavata non può contrastare con il senso letterale delle parole contenute nella disposizione. In altre parole, se il testo normativo non risulta ambiguo, è vietato all'interprete l'uso di altri criteri ermeneutici²⁸. Ne consegue che i due criteri possono convergere solo se dall'utilizzo del solo criterio letterale il significato della norma risulti ambiguo, supplendo il criterio teleologico alle carenze del primo, qualora utilizzati separatamente non risultino idonei al raggiungimento dello scopo²⁹. Nel caso di specie, il problema ermeneutico sorge in riferimento al comma 2 della disposizione in esame; più nello specifico, essa attiene alla formula "autorizzati e incaricati in relazione al procedimento". L'uso del solo criterio letterale ci porterebbe a conclusioni analoghe a quelle del pubblico ministero. Il soccorso del criterio teleologico, nei limiti visti poc'anzi, risulta vitale.

La formula "in relazione al procedimento", in particolare, è quella che concepisce maggiori perplessità. La *ratio* della norma è quella di tutelare la funzione difensiva e il diritto di difesa, ma l'interpretazione puramente letterale della disposizione darebbe origine a una norma che rende le garanzie applicabili solo in presenza di un mandato difensivo. Dal che si potrebbe prospettare una questione di illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 3 e 24, co. 2 Cost. nella parte in cui non include nell'area di tutela anche le ipotesi in cui il suddetto mandato manchi e ciononostante venga in rilievo l'esigenza di tutelare difensore e imputato da indebite apprensioni di documenti oggetto della difesa.

Se al criterio letterale si aggiunge quello teleologico, tuttavia, è possibile un'interpretazione cd. estensiva della formula in esame. Difatti, il comma 2 parla di «*difensori [...] incaricati in relazione al procedimento*», potendo comprendere anche incarichi esterni al procedimento nel cui ambito le attività vengono svolte. Il legislatore avrebbe potuto benissimo utilizzare termini come "per lo specifico procedimento" oppure "nominati per la difesa dell'imputato", laddove la formulazione letterale avrebbe

²⁸ VIOLA, *op. cit.*, 73.

²⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 14/10/2016, n. 20808: «*In tema di interpretazione della legge, nelle ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, attraverso l'esame complessivo del testo, della "mens legis", specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore. Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario, l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, così che il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è preordinata*».

lasciato poco spazio al criterio teleologico. Ma la formula "in relazione al procedimento" ben può essere estensivamente intesa, sia per il tenore letterale, ponendo l'incarico in relazione al procedimento, ossia all'attività del difensore anche estranea al singolo procedimento ma comunque attinente allo stesso, sia perché un'esegesi estensiva attiene pienamente alla *ratio* della norma, che è requisito imprescindibile per l'operatività di detto criterio interpretativo³⁰.

Un ultimo punto da chiarire riguarda i presupposti delineati dalla Corte per l'applicazione dei commi 2, 3 e 4. Difatti la Cassazione dice, richiamando altre pronunce, che «*le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 cod. proc. pen. non riguardano solo il difensore dell'indagato o dell'imputato nel procedimento in cui sorge la necessità di svolgere attività di ispezione, perquisizione o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengano eseguiti nello studio di un professionista iscritto all'albo degli avvocati che abbia assunto la difesa di qualsiasi assistito, sia nel procedimento «de quo» che in altro procedimento, anche del tutto estraneo rispetto a quello in cui l'attività di ricerca, perquisizione o sequestro venga compiuta*». La conclusione cui giunge la Cassazione ritiene avulso dall'applicazione della disciplina qualsiasi collegamento del procedimento *de quo* con altri procedimenti. *Prima facie* tale affermazione renderebbe sempre applicabili le garanzie di cui all'articolo 103, essendo sufficiente che gli atti avvengano nello studio del difensore iscritto all'albo degli avvocati e che questi abbia assunto la difesa di qualsiasi assistito anche in un procedimento del tutto estraneo a quello in cui l'attività viene espletata.

Ovviamente non è così che va letta. Le garanzie di cui ai commi 2, 3 e 4 vanno applicate anche ai casi in cui le attività di ricerca della prova debbano avvenire nello studio di un difensore che non abbia mandato a difendere, che sia iscritto all'albo degli avvocati e che abbia assunto la difesa di un altro assistito anche in un procedimento del tutto estraneo rispetto a quello interessato dalle attività di ricerca, purché vi sia fondato motivo di ritenere che tali attività possano incidere su carte e documenti che rappresentano "oggetto di difesa" in un altro procedimento, rispetto al quale il materiale si trova in collegamento³¹. Da qui l'esigenza di applicare le garanzie di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 103 c.p.p.

³⁰ VIOLA, *op. cit.*, secondo cui «*l'estensione del significato della norma è arbitrario se non corre sul binario teleologico e, perciò, nell'ambito della sua ratio*».

³¹ SCALFATI, *op. cit.*, 185: «*A determinare il legame protetto, pertanto, basta che il materiale si ponga in una relazione finalistica rispetto a vicende che il professionista tratta o ha trattato, tanto rispetto ad una controversia giudiziaria in atto, quanto ad una potenziale*». L'Autore cita come esempio lo svolgimento di un'attività di consulenza legale. Dello stesso avviso DALIA - CIMADOMO, *Difensore* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Agg., III, Milano, 1999, 510, secondo cui le garanzie operano anche quando «*il professionista sia comunque venuto in contatto con la persona sottoposta alle indagini o con l'imputato per ragioni connesse alla difesa o, anche, se l'attività difensiva concerneva un procedimento diverso da quello relativo all'incarico*».

V13 - Emmanuel Carrère

Luana Granozio*

A volte capita di leggere un libro straordinario che rapisce e non si riesce a smettere di leggere. Un libro che racconta una storia sconosciuta, ma risuona di qualcosa di profondo, familiare, intimo. V13 è così, soprattutto per coloro che celebrano il rito del processo.

È la storia del processo per gli attentati avvenuti in Francia il 13 novembre 2015, era un venerdì, V13.

Il processo in Corte di assise è l'archetipo del processo, si svolge con una ritualità ed un ritmo speciali, questo, allestito e preparato come un evento straordinario, è durato nove mesi, 149 udienze. L'autore le ha vissute tutte, per oltre un anno, con intenzioni di spettatore, ma, udienza dopo udienza, divenendo parte di un rito collettivo.

«Mai, nemmeno una volta, ho preso in considerazione l'eventualità di mollare. Mai ho avuto voglia di uscire dalla scatola. Sapevo, sapevamo che stavamo vivendo insieme qualcosa di completamente diverso da uno sfoggio di virtù a beneficio della Storia, da quell'happening giudiziario faraonico e inutile che all'inizio avevamo buoni motivi di paventare. Qualcosa di completamente diverso: un'esperienza unica di terrore, pietà, vicinanza, presenza. Soltanto tardi mi sono reso conto che la scatola somiglia a una chiesa moderna e che al suo interno si è svolto qualcosa di sacro.»

Il processo ed il libro hanno dato spazio alle molte parti civili, ma il racconto ha il merito di non deporre un macigno che schiaccia sotto la parola vittima ogni identità.

Molte storie sono raccontate dettagliatamente, come quella, toccante, di Nadia Mondeguer e quella di Georges Salines, padre di una ragazza uccisa al Bataclan che ha scritto un libro con il padre di uno degli attentatori, ma anche quella della falsa vittima Flo, o di "quelli di Rue du Corbillon" vittime delle teste di cuoio e di Patrick Jardin che chiede, in dissonanza dagli altri, rabbiosa vendetta.

«Imparare a sostituire la legge del taglione con il diritto, la vendetta con la giustizia: questo è ciò che chiamiamo «civiltà», e Georges Salines è un uomo assolutamente civile, cui mi piacerebbe somigliare se mi capitasse una disgrazia simile. Eppure, quell'arcaico furore che dobbiamo imparare a superare, prima di superarlo dobbiamo

* Avvocata del Foro di Roma.

riconoscere che esiste perché esiste per forza, altrimenti non saremmo umani. Antoine Leiris, un giovane la cui moglie è stata uccisa al Bataclan, ha scritto un libro commovente, Non avrete il mio odio, il cui titolo è diventato uno slogan. Lo ammiro la dignità di tutte le persone che si sono presentate alla sbarra ripetendo quello slogan, dicendo che non provano rabbia, che non vogliono altro che un processo equo, che gridare vendetta significa darla vinta agli assassini, ma penso in primo luogo che sia un discorso troppo unanime e virtuoso per essere del tutto onesto, e poi che queste persone stiano mettendo a tacere troppo presto il Patrick Jardin che alberga in loro ed è bene che almeno una volta su duecentocinquanta ne abbiamo sentito la voce cupa e senza perdono.»

Carrere, da cronista occasionale, riesce a tratteggiare interessanti elementi della procedura penale francese, spiega la composizione della Corte d'assise nei processi per terrorismo in cui «per paura di ritorsioni la Corte è composta da magistrati di professione per i quali le ritorsioni rientrano nei rischi del mestiere», si sofferma sul tema del “vero ergastolo” comminato in Francia dal 1994 solo quattro volte, racconta degli avvocati.

«Difendere le vittime è nobile, bisogna farlo, ma la causa è vinta in partenza. Difendere dei presunti terroristi è un altro paio di maniche. Ci vuole passione, si deve amare la lotta. E poi c'è sempre qualcuno che identifica gli avvocati della difesa con i loro assistiti, chi si somiglia si piglia. Una cosa che trovo bella al V13 è che questo pregiudizio è raro. La maggior parte delle vittime con cui parlo stima gli avvocati degli imputati. Ritengo importante che siano bravi. Ricordo Nadia, che ha concluso la sua deposizione girandosi verso di loro. “Adesso, avvocati della difesa, fate il vostro lavoro. Fatelo bene. Lo dico sinceramente”. Avvocati della difesa: non è un po' pleonastico?»

Infine, la lunga attesa della decisione, la lettura della sentenza e lo sguardo dell'imputato sul difensore per cogliere il significato del dispositivo sulla faccia dell'avvocato, le domande del pubblico sul senso degli articoli del codice e poi le reazioni, i commenti dei difensori, le strategie che già si delineano e anche le perplessità di molti «parti civili comprese che per la maggior parte si sentono a disagio di fronte a questa condanna inflitta quattro volte in un quarto di secolo» e di fronte alla costruzione dell'associazione a delinquere con finalità di terrorismo.

Poi si scendono le scale del tribunale, il processo è finito, l'autore dipinge un'immagine viva di un bistrot in cui si trovano a bere gli avvocati delle parti civili con i difensori, i pubblici ministeri, le vittime e tre degli imputati che hanno lasciato l'aula da uomini liberi.

Tutto è iniziato nei bistrot di Parigi e in un bistrot finisce.

V13 è un interessante racconto di cronaca, ma a tratti è illuminante più di un trattato sull'oralità, le parti, la pena e sul senso ultimo del processo.